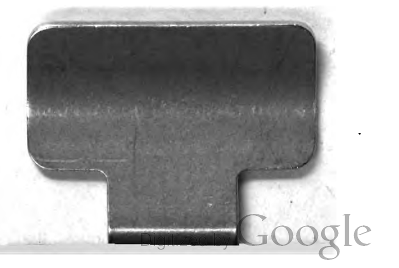

Mayer
LAW
KK
883
.M39
1903


UNIVERSITY OF MINNESOTA
OMNIBUS ARTIBUS
COMMUNE VINCULUM



Dem Procuristen der Gesellschaft für freirechtliche Bewegung

<u>endgültig</u> überreicht von seinem unterthänigen Handlungs-gehilfen.

Januar 1910.

Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar**, Göttingen, Prof. Dr. **Birkmeyer**, München, Prof. Dr. **Finger**, Halle, Prof. Dr. **Frank**, Tübingen, Prof. Dr. **Freudenthal**, Frankfurt a. M., Prof. Dr. **Gretener**, Breslau, Prof. Dr. **Günther**, Giessen, Prof. Dr. **Heimberger**, Bonn, Prof. Dr. **von Hippel**, Göttingen, Prof. Dr. **Kleinfeller**, Kiel, Prof. Dr. **Kohler**, Berlin, Prof. Dr. **von Lilienthal**, Heidelberg, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Liszt**, Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Lœning**, Jena, Privatdoc. Dr. **M. E. Mayer**, Strassburg, Prof. Dr. **Mittermaier**, Giessen, Prof. Dr. **Oetker**, Würzburg, Prof. Dr. **Rosenfeld**, Münster, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt**, Freiburg, Prof. Dr. **Träger**, Marburg, Prof. Dr. **v. Ullmann**, München, Prof. Dr. **Wachenfeld**, Rostock, Prof. Dr. **Weismann**, Greifswald,

herausgegeben von

Dr. Ernst Beling,

ord. Professor an der Universität Tübingen.

Heft 50.

Rechtsnormen und Kulturnormen.

Von

Dr. phil. et iur. **Max Ernst Mayer,**

Privatdozent der Rechte an der Universität in Strassburg i. E.

BRESLAU 1903.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Rechtsnormen und Kulturnormen.

Von

Dr. phil. et iur. **Max Ernst Mayer,**

Privatdocent der Rechte an der Universität in Strassburg i. E.

BRESLAU 1903.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Druck von M. Jacob in Wüstegiersdorf

Vorwort.

Die vorliegende Studie ist in der Hauptsache meiner Vorlesung über Rechtsphilosophie entnommen; sie streift als Teil eines Ganzen eine Fülle von Fragen, ohne sie zu erledigen. Wenn ich allen Problemen, die in die folgenden Ausführungen hineinspielen, hätte nachgehen wollen, so hätte ich ein System der Rechtsphilosophie oder eine systematische Darstellung des Strafrechts veröffentlichen müssen, je nach der Richtung, in der ich weiter gegangen wäre. Da diese Art von Unvollständigkeit jeder monographischen Behandlung grundsätzlicher Fragen anhaftet, hat sie mir zu Bedenken keinen Anlass gegeben. Im übrigen habe ich versucht, in der Entwicklung und Prüfung der Gedanken, die das Thema dieser Abhandlung bilden, keine Lücken zu lassen. Und wenn die Ausführungen hierbei vielleicht breiter geraten sind, als es in Monographien üblich ist, so erklärt sich dies aus dem Bestreben, diese Studie so zu gestalten, dass sie für jeden Juristen, namentlich auch für die Studierenden lesbar ist. Ich glaube nämlich, dass der Mangel an Interesse für rechtsphilosophische Fragen zum grossen Teil sich darauf zurückführt, dass unsere rechtsphilosophische Literatur den Lesern zu wenig entgegenkommt.

Der erste Teil der folgenden Erörterungen steht unter dem Einfluss der Rechtsphilosophie *Iherings*. Da aber mehr die Principien als die Einzelheiten von *Ihering* beeinflusst sind, habe ich die Abhängigkeit im einzelnen nicht gehörig zum Ausdruck bringen können. Infolgedessen nennt das Vorwort den Mann,

auf den sich diese Studie in erster Linie berufen muss und berufen darf.

Die Aufgabe, mich mit andern Meinungen ausdrücklich auseinanderzusetzen, habe ich mir nur in geringem Umfang gestellt; dagegen habe ich mich bemüht, meine Stellung zur Literatur in der Begründung der eignen Auffassung klar zu legen. Diese Methode, die bei der Behandlung spezieller Fragen mehr Mängel als Vorzüge hat, ist nach meiner Ueberzeugung angebracht für Erörterungen, die allgemein sein wollen.

Strassburg i. E., den 8. August 1903.

Max Ernst Mayer.

Inhaltsverzeichnis.

Zweiter Teil.

Der Erkenntniswert der Theorie.

Einleitung.

Vom Wesen des Strafgesetzes.

Wer dies und das thut, der wird so und so bestraft. Das ist die Grundform aller Strafgesetze; an einen Thatbestand ist eine Strafdrohung geknüpft. Von unbestimmten Thatbeständen ist das Strafrecht fortgeschritten zu fest umrissenen, von absolut bestimmten und absolut unbestimmten Strafdrohungen ist es vorgedrungen zu relativ bestimmten, zu Strafrahmen. Das ist ein Grundzug in der Entwicklung des Strafrechts, der an Bedeutsamkeit der Geschichte der strafbaren Handlungen und der Strafarten um nichts nachsteht. Die scharfe Umgrenzung des Thatbestandes, die es eindeutig machen will, welche Handlungen strafbar sind, und die Ansetzung eines Mindest- und Höchstmasses, die für die Bemessung der Strafe viele Möglichkeiten lässt, geben den Strafgesetzen unserer Epoche das Gepräge. Aus dieser Gestaltung der Gesetze erwachsen dem Strafrichter zwei Aufgaben, die an sein Können grundverschiedene Anforderungen stellen: zu prüfen, ob die zu beurteilende Handlung einen gesetzlichen Thatbestand erfüllt, und, wenn er diese Frage entschieden hat, innerhalb des zutreffenden Strafrahmens die Strafe auszumessen. Bei der Lösung der ersten Aufgabe ist der Strafrichter der gebundenste, bei der Lösung der zweiten der freiste Richter. Als Jurist unterzieht er sich der ersten Aufgabe, unterstützt von der Strafrechtswissenschaft, die ihm über jedes Wort, das im Gesetze vorkommt, Kommentare vorlegt, — als Kenner der Menschenseele und als Kriminalist

tritt er an die zweite Aufgabe heran, meistens ohne sich auf wissenschaftliche Prinzipien zu stützen; Herkommen und gesunder Menschenverstand weisen den oft ziellosen Weg. In dieser Arbeit, die das Gesetz dem Gericht überträgt, ist vieles ungesund; man hat es in den letzten Jahrzehnten deutlicher und deutlicher erkannt und will Verbesserungen einführen. Eines werden wir festhalten: den Richter an einen präzisen gesetzlichen Thatbestand streng zu binden.

Keine Strafe ohne Gesetz! Wir sind uns des Wertes dieses Grundsatzes wohl bewusst. Willkür würden wir es nennen, wenn das Gericht die Strafbarkeit einer Handlung, an die kein Gesetz je gedacht hat, auf Grund seines Gutdünkens behaupten wollte. Nur auf verfassungsmässigem Wege und nur unabhängig von thatsächlichen Vorkommnissen, also nur durch die Gesetzgebung können Handlungen unter Strafe gestellt werden. Die Gesetze sind Garantien der bürgerlichen Freiheit, sie schützen den Bürger vor der schrankenlosen Macht des Staates und der Staatsorgane und stellen ihn in den Schutz der eingeschränkten Staatsmacht, d. h. in den Schutz des Rechtes.

Nur dem Gesetze unterthan zu sein, über diese Freiheit wachen die Bürger des Rechtsstaates als über ihr höchstes politisches Gut. Bis ins kleinste geht diese Wachsamkeit; ein vieldeutiger Paragraph wird angefeindet und (nicht ohne Uebertreibung) als Gefährdung des gesicherten Rechtszustandes geschmäht. Am wirksamsten wird aber die ausschliessliche Herrschaft des Gesetzes unterstützt von der Jurisprudenz. Es ist ihre eigentlichste Arbeit, in minutiösen Interpretationen den Willen des Gesetzes klar zustellen und dadurch jede Anwendung, die demselben fremd ist, auszuschliessen. Dabei wird denn manches formalistische Ergebnis zu Tage gefördert, eine Schwäche die der Stärke des Prinzips anhaftet.[1]) Und wenn der Laie sich über den Formalismus der

---

[1]) Das tiefste rechtsphilosophische Werk seit Ihering, Stammlers Lehre von dem richtigen Rechte (1902), enthält eine Theorie der Grenzen und der Korrektur der formalistischen Betrachtungsweise. (Vgl. die Seiten 8, 34, 105 ff. u. a.) Die vorliegende Abhandlung hat diese Tendenz aus Stammlers Lehre übernommen. Der Begriff der Kulturnormen leistet in den folgenden Ausführungen teilweise die gleichen Dienste wie Stammlers „soziales Ideal“ d. i. die Gemeinschaft frei



Jurisprudenz zuweilen entsetzt, so übersieht er, dass dieser Formalismus nichts anderes ist als die rigorose Durchführung des Grundsatzes, den er schätzt: das Gesetz als eine Schranke der Allmacht des Staates jeder Willkür zu entziehen.

Mit dieser Auffassung der Gesetze, namentlich der Strafgesetze, steht eine zweite, die nicht weniger allgemein und noch mehr eingewurzelt ist, in unauflöslichem Widerspruch. Ich meine die Auffassung, dass die Strafgesetze Befehle enthalten, die an das Volk gerichtet sind. Das Strafgesetz sagt allen, denen es gilt, ihr sollt nicht töten, nicht falsch schwören, nicht stehlen u. s. w. Eine ungeheuerliche Fiktion! Was an ihr juristisch unhaltbar ist, das hat *Binding,* freilich auf Kosten andrer Wahrheiten, berichtigt. Nicht das Strafgesetz, sondern der Rechtssatz, der demselben zu Grunde liegt und ihm somit logisch vorausgeht, enthalte den Befehl an die Unterthanen. Diese Rechtssätze nennt *Binding* Normen. Das Strafgesetz lautet, wer vorsätzlich tötet, soll Strafe erleiden; in ihm liegt nach *Binding* überhaupt kein Befehl, sondern die feierliche Aussprache der Rechtswillenserklärung, das ita ius esto. Einen Befehl lässt das Recht nur in der Norm ergehen, in jenen Sätzen, in denen es dem Verhalten der Menschen eine Richtschnur giebt und Gehorsam beansprucht.

---

wollender Menschen. Stammlers Methode des richtigen Rechts habe ich nicht befolgen können, sie ist im Strafrecht m. E. undurchführbar, und zwar in letzter Linie deswegen, weil auf diesem Rechtsgebiet das soziale Ideal und das Vorbild des richtigen Rechts d. i. „die Sondergemeinschaft" (vgl. S. 276 ff) zusammenfallen oder doch nicht mehr wesentlich unterschieden sind. (Vgl. S. 196—198 u. S. 303—304). Die Sondergemeinschaft der Streitteile (S. 284) — dieser für die Durchführung der Methode notwendige Gedanke — ist offenbar auf Civilrechtsfälle zugeschnitten; der Gedanke erfüllt seine Aufgabe, den bedingten Stoff zu gestalten, nicht, wenn die Sondergemeinschaft, wie es im Strafrecht der Fall sein muss, den Delinquenten und die Gesamtheit der Rechtsunterworfenen umfasst; diese Gemeinschaft kann nicht mehr als Sondergemeinschaft gedacht werden.

Ob die Methode im Civilrecht praktikabel ist, wage ich nicht zu entscheiden. Ihre grossen Verdienste muss man aber jedenfalls, selbst wenn es gegen die Intentionen des Autors ist, darin sehen, dass uns die Prinzipien sachlich richtiger Entscheidungen ins Bewusstsein gerufen werden; ob wir dann im Einzelfall den Weg Stammlers gehen können, das ist wohl eine sekundäre Frage. In diesem Sinne kann auch die Strafrechtswissenschaft viel von der Lehre von dem richtigen Rechte lernen und diese Studie hat es, so hoffe ich, gethan. (Vgl. besonders den zweiten Teil.)

„Du sollst nicht töten“, so lautet die Norm; sie gehört begrifflich nicht dem Strafrecht an, denn sie schafft kein Strafrechtsverhältnis; die Norm ist ein Satz des öffentlichen Rechtes, des gesetzten oder des ungesetzten, dessen Bedeutung sich darin erschöpft, vom Volke Gehorsam zu verlangen.

Es ist deutlich, dass die Normentheorie in vielen Beziehungen die Ansicht, das Strafgesetz wende sich an das Volk, berichtigt; der Verbrecher handelt nicht gegen den Strafrechtssatz, sondern in Uebereinstimmung mit dem ersten Teil desselben; das Gebot, dem er zuwiderhandelt, das Gesetz, welches er übertritt, ist nicht der Strafrechtssatz, sondern der ihm zu Grunde liegende Rechtssatz. Die weittragenden Folgerungen, die sich für die Normentheorie von ihrem Ausgangspunkt aus ergeben, mögen hier auf sich beruhen. Denn in der Frage, die hier zur Sprache kommen soll, ob das Gesetz an das Volk Befehle richtet, ist die Normentheorie nur eine verbesserte Auflage der hier zu bekämpfenden allgemeinen Ansicht.

Alle Gesetze wenden sich an die Verwalter der Gesetze; die Organe des Staates, die berufen sind, die Gesetze zu handhaben, sind die einzigen Adressaten[2]) der Befehle, die das Gesetz giebt.[3]) An den Richter, — um es wenn auch

---

[2]) Ueber eine Ausnahme vgl. den zweiten Teil, Kapitel 5.

[3]) Vgl. R. v. Ihering, der Zweck im Recht I, 332 ff (3. Aufl. 1893); gegen Ihering Merkel, Gesammelte Abhandlungen (1899) II, 586. Unten, Kapitel 4, habe ich eingehend zu Ihering und Merkel Stellung genommen. — Auch Joseph Schein, Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz (1889), hat die Lehre, „das Recht ein Reglement für den Staat, nicht aber für die Bürger“ (S. 11), vertreten, hat aber die vielen guten Gedanken, die er vorbringt, durch Uebertreibungen und Einseitigkeiten stark beeinträchtigt. — Die Ansicht, dass die Rechtssätze ebensowohl den Bürgern als den Staatsorganen Befehle erteilen, darf wohl als die allgemeine bezeichnet werden; sie ist bestritten worden von Binding, die Normen I (2. Aufl. 1890) S. 7 ff. nnd hierzu unten Kap. 3, auch Kap. 6 des zweiten Teils. Namentlich im Kampfe um die Normentheorie ist öfters betont worden, dass die Strafgesetze die Staatsorgane binden und somit ihnen Befehle erteilen; vgl. z. B. v. Bar, Krit. Vierteljahrsschrift XV, 562 (1873), Bierling, Götting. Gel. Anzeigen 1873 S. 402, Wach, Gerichtssaal XXV, 436 (1873), Thon, Rechtsnorm und subj. Recht (1878) S. 9 u. 10, Hugo Meyer, Lehrbuch des Strafrechts (5. Aufl. 1895) S. 106, Anm. 10; Literaturangaben in dieser Richtung auch bei Binding l. c. S. 14 Anm. 26. Vgl. ferner Binding, Handbuch des Strafrechts (1885), besonders S. 187 ff. und die Literaturangaben ebenda Anm. 2.

ungenau, so doch anschaulicher zu sagen, — an den Richter wendet sich das Gesetz. Die Rechtssätze regeln das Verhalten des Richters, für ihn sind sie Normen, Rechtsnormen, weil sie Sätze des objektiven Rechtes sind. — Diese Behauptung soll für alle Gesetze, nicht nur für die Strafgesetze gelten, im folgenden aber wenn nicht ausschliesslich, so doch hauptsächlich für die Strafrechtssätze erhärtet werden.

Erster Teil.

Die Entwicklung der Theorie.

Erstes Kapitel.

Die falsche Adresse der Rechtsnormen.

Es bedarf keiner grossen Weisheit und keiner Gelehrsamkeit, um die Richtigkeit der aufgestellten Behauptung einzusehen; es genügt, die Thatsachen des Lebens und der Rechtspflege unbefangen anzusehen; dann erweist sich die Ansicht, dass das Gesetz an die Unterthanen adressiert ist, als eine grosse Fiktion, und der Bruch mit dieser Anschauung als Befreiung von einer Fessel, die auf vielen Wegen die Schritte des Forschers hemmt.[1])

I. Der Behauptung, das Gesetz wende sich an das Volk, steht die unbestreitbare Thatsache entgegen, dass das Volk die Rechtssätze nicht kennt. Jedes Wort hierüber ist zu viel. Wenn einige einiges vom Recht wissen, so berührt das nicht das Faktum, dass die grosse Menge das Recht nicht kennt. Freilich jeder weiss, dass es verboten ist, Leib und Leben, Freiheit und Ehre der Mit-

[1]) Man beachte, was Merkel (Ges. Abhandlungen II, 521) gelegentlich von den Fiktionen sagt: „Sie sind freilich die Lieblingskinder unseres juristischen Logizismus, aber es sind doch nur die Platzhalter einer wirklichen Einsicht, welche nur allzuhäufig die letztere, weil sie deren Stelle besetzt halten, nicht zur Aufnahme und Anerkennung gelangen lassen."



menschen zu schädigen, jedem ist es bekannt, dass er Pflichten aller Art beobachten muss, aber diese Kenntnis stammt nicht aus dem Gesetz, sondern aus der Erziehung, die jedem in der Schule und im Elternhaus, im Beruf und im Verkehr zu Teil wird; auf die kulturelle Tradition gründet sich die Kenntnis der Gebote und Verbote, die dem Rechte angehören. Ich werde nachher hierauf zurückkommen; zunächst soll nur die Thatsache, dass die Gesetzes-unterthanen die Gesetze nicht kennen, festgestellt sein. Ja, es ist meistens ein böses Zeichen, wenn ein Nichtjurist über eine auffällig eingehende Gesetzeskenntnis verfügt; die Strafgesetze sind den gewiegten Verbrechern bekannt, der brave Bürger sieht es als eine Zumutung an, wenn er im Strafrecht Bescheid wissen soll. Dunkle Ehrenmänner sind es, die mit den Geheimnissen des Wechsel- und Handelsrechtes, mit Bestimmungen über Viehhandel und unlauteren Wettbewerb intim vertraut sind; der Kaufmann ohne Furcht und Tadel weiss von dem Recht, das ihn angeht, nur soviel als er aus seinem Beruf, aus dem allgemeinen Verkehr und aus Ereignissen des Geschäftslebens kennen gelernt hat. — In den letzten Sätzen liegt etwas von der Uebertreibung, die in allgemeinen Erörterungen dieser Art nicht gut vermeidbar ist; aber es gilt nicht, die thatsächliche Sachlage im Einzelnen getreu zu schildern, sondern sie ihrer prinzipiellen Bedeutung nach zu erfassen.

Wie aus dem Zustand, den wir im Volk vorfinden, so ist aus den Gesetzen selbst zu entnehmen, dass sie nicht an die Unterthanen adressiert sind. Ich will mich hier nicht auf die Rechtsnormen berufen, deren Inhalt sich unverkennbar an die Verwalter des Gesetzes wendet, also nicht auf die Mehrheit der prozessualen Normen, die dem Richter, dem Staatsanwalt, dem Vollstreckungsbeamten sagen, was er thun soll. Das thema probandum besteht nicht darin, dass sich einige Rechtssätze an die Organe des Staates richten; das hiesse offene Thüren einrennen. Von den Gesetzen schlechthin ist die Rede, oder da eine Auseinandersetzung mit den Gesetzen aller Zeiten hier nicht stattfinden kann, von den deutschen Gesetzen unserer Tage.

Sie füllen viele Folianten; allein die Strafgesetze des deutschen Reichs machen einen an tausend Seiten starken stattlichen Band aus. Und jedes neue Jahr bringt neue Gesetze; neben der Strafgesetzgebung des deutschen Reichs steht die der Einzelstaaten.

Es ist eine Phrase, auch nur von den Strafgesetzen zu behaupten, sie seien an die Unterthanen gerichtet; schon die unübersehbare Menge zeugt gegen diese Annahme.

Dieses Argument ist indessen nicht Ausschlag gebend; vergegenwärtigen wir uns aber, dass nur mühsames Studium den Sinn der Gesetze erschliesst, dass der Laie, der das Gesetz liest, es nicht versteht, so ergiebt sich: Unsere Gesetze müssten von Grund auf anders redigiert sein, wenn sie der Auffassung, Richtschnur zu sein für die Unterthanen, auch nur Raum geben sollten. Um ein Beispiel herauszugreifen: Das St.-G.-B. giebt im allgemeinen Teil eine Vorschrift, nach welcher der Versuch eines Verbrechens immer strafbar ist, der Versuch eines Vergehens jedoch nur in den Fällen bestraft wird, in denen das Gesetz es ausdrücklich bestimmt. Niemand kann ohne Rechtsstudium erkennen, was unter Verbrechen und Vergehen zu verstehen ist; niemand kann ohne Studium aus dem Gesetz entnehmen, welche Delikte er straflos versuchen darf, welche nicht. Müsste nicht im Gesetz, das zu dem Volke sprechen will, bei Mord, Raub, Brandstiftung etc. jedesmal ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass sich jeder, der die Ausführung auch nur anfängt, strafbar macht? Wenn aber der Gesetzgeber sich diese Methode aneignen würde, dann bekämen wir schwerfällige, unhandliche Gesetze; man müsste alles, was die Handhabung des Rechtes vereinfacht, preisgeben, man würde Gesetze schaffen, die an Handlichkeit für die Praxis verlieren, was sie an Verständlichkeit für das Volk gewinnen.

Mancher wird hier einwenden wollen, ein schlecht praktikables Gesetz ist immer noch besser als ein schlecht verständliches; die Gesetze sollen so abgefasst sein, dass der Mann aus dem Volke aus ihnen Belehrung über seine Rechte und seine Pflichten schöpfen kann, sie sollen gemeinverständlich sein. Das ist eine Forderung, die mit der Annahme, die Gesetze erteilen dem Unterthanen Befehle, steht und fällt. Wenn es sich im Verlaufe dieser Erörterungen herausgestellt haben wird, dass auch nicht der geringste Grund dafür spricht, die Annahme, von der man ausgeht, aufrecht zu erhalten, so wird man die Forderung, bei der man anlangt, als unberechtigt fallen lassen. Wer sich überzeugt hat, dass das Gesetz dem Richter befiehlt, wird von keinem Rechtssatz Gemein-

verständlichkeit verlangen. Dass die Gesetze deswegen noch nicht dunkel zu sein brauchen, dass sie nicht eine Geheimlehre für Juristen sein sollen, das bedarf keiner Hervorhebung. Aber der Einwand hat uns von unserem Wege abgebracht. Das geltende Recht haben wir ins Auge gefasst und haben uns vergegenwärtigt, dass es weit von Gemeinverständlichkeit entfernt ist; es ist abgefasst als eine Instruktion für Juristen, nicht als eine Unterweisung des Volkes. Somit steht fest: Wie das Volk nichts vom Gesetz, so weiss das geltende Gesetz nichts vom Volk; die beiden kennen sich nicht.

II. Es bleibt nun noch die Möglichkeit, den Thatsachen abzutrotzen, was sie freiwillig nicht hergeben, es bleibt möglich, das Dogma, nach welchem die Rechtsnormen an die Unterthanen adressiert sind, als Fiktion zu verteidigen. Oftmals hat die Rechtswissenschaft bewusster Massen Fiktionen aufgestellt, und man muss einräumen, dass dieses Verfahren unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt ist. Die Jurisprudenz sucht durch Fiktionen dasselbe zu erreichen wie die Philosophie durch Postulate. Wenn nämlich eine theoretische Einsicht zu einem Ergebnis führt, dessen Abweisung ein unaufgebbares praktisches Bedürfnis ist, so muss man sich zu einem Gedanken entschliessen, der zwar Thatsachen ignoriert, aber das unmögliche Ergebnis abweist und das Resultat, dessen man bedarf, sichert. „Die Not macht erfinderisch," sagt *Rudolph von Ihering* an einer Stelle,[2]) die die Fiktionen rechtfertigt und der Gefahr, aus der Not eine Tugend zu machen, nicht ganz entgeht. Es ist nun jedesmal ein wissenschaftlicher Fortschritt gewesen, „Fiktionen durch die Realität der Dinge zu ersetzen" (*Lenel*); ohne Not darf man sich zu einer Fiktion nicht entschliessen. Unnötig aber ist die Fiktion, wenn entweder das Bedürfnis, das angestrebte Resultat zu sichern, bloss ein vermeintliches ist, oder wenn die theoretischen Einsichten, die ihm entgegenstehen, falsch sind.

In dem Problem, mit welchem wir beschäftigt sind, drängt die bange Frage, wie man den Bürger richten dürfe nach Gesetzen, die an ihn nicht gerichtet sind, zu der Fiktion, das Gesetz sei an ihn adressiert. Ein Wucherer steht vor Gericht, er hat es

---

[2]) Geist des römischen Rechts (5. Aufl. 1891) I, 334.

nicht gewusst, dass seine Handlungsweise dem Staate strafbar erscheint; der Richter sagt ihm, Du weisst, dass Unkenntnis des Gesetzes nicht vor Strafe schützt, — aber ihm zu sagen, das Gesetz spricht zu mir, nicht zu Dir, Dich geht es garnichts an, das kann der Richter nicht wagen. Wenn das Gesetz dem Angeklagten einen Befehl nicht erteilt hat, ihm also seine Handlung nicht verboten hat, dann kann man ihn auch nicht bestrafen, weil er den Rechtssatz übertreten hat. Und so darf man sich scheinbar nicht darum kümmern, wieviel oder wiewenig das Volk von der Rechtsordnung weiss, und ob die Rechtsnormen überhaupt bekannt sein können, man muss fingieren, dass das Recht an das Volk adressiert ist. Man nimmt vielleicht seine Zuflucht zu dem allgemeinen Befehl: Jeder Bürger soll die Gesetze kennen. Dann ist man gedeckt; ist einer diesem Gebot nicht nachgekommen, so hat er sich den Schaden selbst zuzuschreiben.

Man darf diese Anschauungsweise wohl als die herrschende bezeichnen. Die stärkste ihrer Stützen ist die Publikation der Gesetze. Diese bedeutsame Thätigkeit des Staates vermag es allem Anschein nach glaubhaft zu machen, dass jener allgemeine Befehl thatsächlich vorhanden ist. Vergleicht man aber mit der Publikation von Gesetzen irgend eine Veröffentlichung, die wirklich in weiten Kreisen bekannt werden will, so erscheint die erstere jedenfalls als eine dürftige Art der Mitteilung.

Wenn die Verkündigung der Gesetze dem Zwecke, das Gesetz allgemein bekannt zu machen, dienen sollte, so müsste sie durchaus anders geartet sein als es der Fall ist; das Gesetz müsste in jeder Zeitung abgedruckt werden, es müsste angeschlagen oder öffentlich ausgelegt werden, es dürfte nicht bloss im Reichsgesetzblatt, das selbst von Juristen nur wenig gelesen wird, erscheinen. Eines ist somit von vornherein klar, dass die Verkündigung des Gesetzes dasselbe nicht bekannt macht; diskutabel ist einzig und allein die Frage, ob durch die Publikation nicht der Schein gewahrt wird, dass die Unterthanen die Adressaten des Gesetzes sind.

Nehmen wir es einmal an. Kein vernünftiger Mensch legt einem Befehl verbindliche Kraft bei, wenn es ihm bekannt ist, dass die Person, welcher der Befehl gilt, denselben nicht vernommen hat. Der Staat aber thut es, ihn kümmert es nicht, ob der Befehl denjenigen, welchen er erteilt ist, auch bekannt

geworden ist, der Staat begnügt sich damit, dass durch die Publikation des Befehls der Anschein erweckt ist, als ob nun jeder den Befehl auch kenne. Der Staat behandelt wider besseres Wissen jeden Unterthanen, als ob er das Reichsgesetzblatt gelesen und verstanden habe. Wer wollte ernstlich diese ungeheuerliche Annahme als Grundlage unserer gesammten Rechtspflege verteidigen? Wenn also auch die Publikation in Einklang steht mit der Fiktion des allgemeinen Imperativs, sie macht letztere doch um nichts befriedigender.

In Wahrheit liegt auch das Wesen der Verkündigung des Gesetzes nicht in der Bekanntmachung; das geht schon daraus hervor, dass eine Bekanntmachung auf anderem als verfassungsmässigem Wege, auch wenn sie die Kenntnis des Gesetzes auf das wirksamste verbreiten würde, als Verkündigung staatsrechtlich ungültig wäre. Die Reichsgesetze können nur im Reichsgesetzblatt verkündigt werden (Art. 2 der Reichs-Verf.), jede andere Publikation ist staatsrechtlich null und nichtig. Die Verkündigung ist nichts anderes als der letzte Akt der Gesetzgebung, durch welchen ein authentischer Abdruck des Gesetzes geschaffen und veröffentlicht wird; der Minister trägt die Verantwortlichkeit für die Authenticität. Durch die Herstellung dieses Gesetzestextes soll nicht das Gesetz d. h. nicht sein Inhalt gemeinkundig gemacht werden, vielmehr soll authentisch erklärt werden, welcher Gesetzesinhalt echt ist.[3]) So-

[3]) Ich weiche hiermit von der im Staatsrecht herrschenden Lehre ab; da die staatsrechtliche Literatur, — soviel ich. sehe, ausnahmslos — von der Ansicht, das Gesetz wende sich an das Volk, ausgeht, hält sie konsequenter Weise die Publikation für eine Bekanntmachung des Gesetzes. Vgl. Laband, Staatsrecht (4. Aufl. 1901) II S. 20/21 und S. 40 ff. — Andrerseits fehlt der Gedanke, dass die Verkündigung „keine gewöhnliche Bekanntmachung“ ist, keineswegs und tritt gerade bei Laband (S. 49) in den Vordergrund; vgl. auch Laband S. 21: „Die Verkündigung ist ein Willensakt des Gesetzgebers und kann deshalb nur ausgehen von dem Gesetzgeber oder von demjenigen, den er dazu beauftragt hat. Deshalb sind Abdrücke eines Gesetzes in Sitzungsberichten, Zeitungen, wissenschaftlichen Werken u. s. w., trotzdem sie gerade die Gemeinkundigkeit des Gesetzes am meisten fördern, keine Verkündigung.“ — Da es nun ferner unbestritten ist, dass durch die Publikation der authentische Abdruck des echten Gesetzestextes hergestellt wird, muss man zu der hier vertretenen Auffassung gelangen, sobald man die Fiktion, das Gesetz wende sich an das Volk, als überflüssig und hinderlich erkannt hat.

lange eine derartige Gesetzes-Urkunde fehlt, ist die Gesetzgebung nicht vollendet, auch wenn das Gesetz allgemein bekannt wäre, weil in jedem Rechtsstreit Zweifel geäussert werden könnten, ob der Gesetzestext, der der Entscheidung zu Grunde gelegt werden soll, der verfassungsmässig festgestellte und sanktionierte ist; die Publikation schliesst diese Zweifel aus. Hiermit ist die Verkündigung ausreichend erklärt. Ich weise auch die für mich nahe liegende Auffassung ab, dass die Verkündigung dazu bestimmt sei, den Beamten das Gesetz bekannt zu geben. Dieses Ziel liesse sich ebensogut und wahrscheinlich besser, auf anderen Wegen erreichen. In der Herstellung und Bereitstellung des authentischen Gesetzestextes erschöpft sich die Bedeutung der Publikation. Welcher Gesetzestext echt ist, nicht das Gesetz wird gemeinkundig gemacht.

Somit scheidet die Gesetzesverkündigung aus den Argumenten aus, die für die Feststellung der Adressaten des Gesetzes verwertet werden dürfen;[4]) sie ist für unser Problem indifferent. Es würde auch wohl niemand, der den Befehl an das Volk verteidigen will, sich auf die Publikation berufen, wenn er zu dieser Verteidigung nicht gezwungen zu sein glaubte. Und die Verteidigung scheint unumgänglich, weil wir die Verhältnisse so denken müssen, dass es gerechtfertigt bleibt, Recht zu sprechen nach den Gesetzen, die das Volk nicht kennt. Wieder stehen wir vor der Fiktion: „Jeder Bürger soll die Gesetze kennen!“ sie scheint der einzige Ausweg zu sein. „Unnötig aber ist die Fiktion, wenn das Bedürfnis, das angestrebte Resultat zu sichern, bloss ein vermeintliches ist.“ Das ist hier der Fall; nichts zwingt uns zu der Annahme, dass die Rechtsordnung nur verbindlich ist für denjenigen, der die Gesetze kennt oder kennen soll. Wir dürfen die Fiktion verschmähen, weil wir es können. Auf festerer, auf gesunder Grundlage ruht die verbindliche Kraft der Gesetze.

---

[4]) Es kann nicht verkannt werden, dass die Verkündigung der Gesetze auf die Auffassung, das Gesetz wende sich an das Volk, zurückzuführen ist. Die früher üblichen Formen der Gesetzesverkündigung (vgl. Stobbe, Gesch. d. dtschen.

Rechtsquellen II, 224 ff., Schröder, Lehrb. d. dtschen. Rechtsgesch. 652 und 855, Gierke, Privatrecht 132, Jellinek, Ges. und Verordnung 328) beweisen deutlich, dass das Gesetz dem Volk bekannt gemacht werden sollte. Wenn das Gesetz in der Volksversammlung verlesen wurde oder wenn es an den Gerichtsstätten und auf dem Markt, in den Kirchen und Rathäusern verkündet oder angeschlagen wurde, so war das zweifellos eine wirksame allgemeine Kundmachung, zumal wenn sich die Verlesung jährlich wiederholte. Es bestehen auch nicht im geringsten Bedenken, zuzugeben, dass die Rechtssätze einstmals thatsächlich Befehle an das Volk gewesen sind; sie waren einstmals auch ganz anders redigiert. Diese Funktion der Rechtssätze ist mit der Zeit verloren gegangen.

Man darf nun aber, wenn man schon historische Argumente beibringen will, auf der andern Seite nicht übersehen, dass in der Rechtsgeschichte viele Einrichtungen und Gedanken zu finden sind, in denen sich die Auffassung, der Richter sei der Adressat des Gesetzes, unverkennbar spiegelt. Ich will wenigstens Beispiele geben. Aus dem römischen Recht wären vor allem die kaiserlichen Konstitutionen zu nennen. Die mandata principis, die freilich in erster Linie administrative Bedeutung hatten, in denen aber auch Rechtssätze nicht fehlten, sind „Instruktionen des Kaisers an seine Beamten, insbesondere an die Provinzialstatthalter“ (Czyhlarz). Die rescripta prinzipis sind „Anwortsschreiben des Prinzeps auf Anfragen der Gerichtsbeamten oder auf Bittschriften einer Partei;“ da diese Gutachten, die für einen bestimmten Fall erstattet wurden, auch für andere gleichartige Fälle massgebend waren, erfüllten sie die Aufgabe eines Gesetzes. — Aus dem deütschen Recht sind die capitula missorum als Beispiel hervorzuheben; diese Instruktionen, die den Königsboten der Korolingerzeit mitgegeben wurden, sind das Urbild von Rechtsnormen, die sich nicht an das Volk wenden. — Die peinliche Gerichtsordnung Karls V. ist wie ihre Vorgängerinnen abgefasst als eine Unterweisung der ungelehrten Schöffen, sie richtet sich an die Männer, die mit der Rechtsprechung betraut sind. — Aus der neuern Zeit könnte auf jene Einrichtungen verwiesen werden, nach denen die Staatsgewalt die Gesetze nur den Gerichten mitteilte, während die Publikation Sache der Gerichte war. Vgl. Labands Ausführungen über das Enregistrement nach französischem Recht l. c. S. 15.

Alle diese historischen Thatsachen, die mit der hier vertretenen Lehre im Einklang oder im Widerspruch stehen, haben mit unserm Gegenstand, welche Auffassung des Gesetzes bei den in unsrer Zeit gegebenen Erscheinungen des Rechtslebens richtig ist, schlechterdings nichts zu thun. Heute ist es verkehrt, im Gesetz einen Befehl an die Unterthanen zu sehen; und mit der richtigen Auffassung steht die heutige Form der Gesetzesverkündigung im Einklang. Weiter reichen meine Behauptungen nicht.

Zweites Kapitel.

Der Grund der verpflichtenden Kraft des Gesetzes.

I. Wir fragen nicht, auf welchem juristischen Grund die Verbindlichkeit der Gesetze beruht. Für den Juristen ist jener Akt der Gesetzgebung, den man Sanktion nennt, das Ereignis, durch welches das Gesetz verbindlich gemacht wird. Die gesetzgebende Gewalt des Staates oder, was genau dasselbe besagt, die Staatsgewalt erteilt durch die Sanktion den Befehl, dass der Wortlaut der vorliegenden Urkunde Gesetz sein soll. Die Sanktion macht aus dem Gesetzesentwurf ein Gesetz und ist somit „der Kernpunkt des ganzen Gesetzgebungsvorganges."[1])

Man beachte nun wohl, um nachher keinem Missverständnis zu verfallen, dass der Befehl, der in der Sanktion liegt, keinen andern Inhalt hat als diesen: Die Sätze, die hier formuliert sind, sollen Gesetz sein. Die Erklärung, ita ius esto, diese Rechtswillenserklärung, ist in der Sanktion enthalten, und zwar nur in der Sanktion; sie wirkt im Gesetz fort, ist aber keine selbständige Leistung des fertigen Gesetzes. Der in der Sanktion liegende Befehl löst vielmehr andere neue Befehle aus, nämlich die selbständigen im Gesetz enthaltenen Imperative.[2]) Diese sind nicht Rechtswillenserklärung,

---

[1]) Vgl. Laband, Staatsrecht II, 3 ff. und 26 ff.

[2]) Binding verlegt die Rechtswillenserklärung in das Strafgesetz; das „Soll" der Strafgesetze ist ihm „ein Anwendungsfall des ita ius esto". Hierdurch wird die Sanktion der Gesetze und die selbständige Funktion der fertigen Gesetze verwechselt. Der juristische Grundirrtum der Normentheorie liegt darin,

sind auch nicht „ein Anwendungsfall“ derselben; wie könnte es einen Sinn haben, dass das Gesetz immer wieder von neuem erklärt: „ich bin ein Gesetz, nicht bloss ein Entwurf!“? Der Befehl, ita ius esto, ist ein einmaliger Vorgang, der nirgends anders am Platze ist als gegenüber der Urkunde, die zum Gesetze erhoben werden soll. Ist aber der Entwurf Gesetz geworden, so behält dieser Befehl natürlich Geltung bis zur Aufhebung, kann aber niemals zu einer Funktion des Gesetzes werden. Das „Soll“, das in den Gesetzen steckt, hat eine ganz andere Bedeutung; es enthält den Befehl des Staates an den Richter: „Wenn diese und jene Voraussetzungen erfüllt sind, dann sollst Du, das Organ, durch welches ich thätig werde, so und nicht anders verfahren und urteilen.“

II. Wir haben uns mit der Bedeutung der Sanktion auseinandersetzen müssen, nur um den Weg für die Lösung unseres Problems frei zu machen. Fest steht die Thatsache, dass jeder Bürger dem Gesetze unterthan ist; jeder ist durch das Gesetz verpflichtet, d. h. er hat Pflichten, deren Nichtachtung gesetzliche Folgen hat. Und unter der Bedingung, dass unser Problem sich befriedigend löst, steht fest auch die Thatsache, dass die Gesetze

dass die Rechtswillenserklärung, die lediglich ein Akt des Gesetzgebungsvorganges ist, als eine Leistung des Gesetzes hingestellt wird. Vgl. Normen I S. 8 und 19 ff, Krit. Vierteljahrschrift XXI, 544 ff. (gegen Thon); besonders deutlich tritt der Irrtum zu Tage im Handbuch S. 197/198. Daselbst ist durchaus richtig ausgeführt, dass die Rechtserzeugung in zwei Akte zerfällt, in die Aufstellung des Rechtsgedankens, — des Gesetzentwurfes, wenn es sich um ein Gesetz handelt, — und in die Erhebung desselben zum Rechtssatz d. i. die Zufügung der Rechtswillenserklärung. Unmittelbar vor diesem Passus heisst es aber: „Jeder Rechtssatz — also auch jedes Gesetz — besteht ... aus zwei ganz verschiedenen Sätzen: dem Ausdruck des Rechtsgedankens und dem Ansdruck des Rechtswillens.“ Binding indentifiziert also die Akte der Rechtserzeugung und die Bestandteile des Gesetzes, die schaffenden Handlungen mit dem geschaffenen Produkt. — Nun ist es freilich wiederum durchaus richtig, dass das ita ius esto im Gesetz zum Ausdruck kommt, nämlich dadurch, dass das Gesetz gilt; diese Rechtswillenserklärung kann im Gesetz aber nicht lokalisiert werden, sie liegt dem ganzen Gesetz zu Grunde Und es ist auch durchaus richtig, dass im Gesetz neben dem Rechtsgedanken ein Rechtswille liegt, aber der Rechtswille des Gesetzes hat einen ganz andern Inhalt als der Akt der Gesetzgebung, der dem Entwurf die Rechtswillenserklärung zufügt. — Wie durchaus unbefriedigend Bindings Lehre über den sog. Gesetzesbefehl ist, das hat namentlich Bierling, Zur Kritik der jur. Grundbegriffe II (1883) S. 336 ff. ausführlich dargestellt.

nicht Befehle an die Unterthanen sind. Wir wollen wissen, warum die Gesetze, obwohl sie sich nicht an die Bürger richten, doch für die Bürger verbindlich sind. Wir wollen also eine befriedigende Erklärung finden dafür, dass jeder nach geltendem Recht beurteilt wird; wir wollen eine Rechtfertigung des Rechtes.[3])

Diese Rechtfertigung kann nicht vom Standpunkt des Staates, sondern nur von dem des Individuums aus gegeben werden. Denn dass es für den Staat notwendig ist, ein allgemein verbindliches Recht aufzustellen und zu handhaben, das hat keiner bezweifelt, das bedarf keiner Rechtfertigung. Wer sich vor dieser Notwendigkeit beugt, der überschlage die nächsten Seiten. Dieser Untersuchung aber kommt es darauf an, zu zeigen, warum es dem Individuum nicht als staatliche Willkür erscheinen muss, gerichtet zu werden nach Gesetzen, die es nicht kennt, noch zu kennen verpflichtet ist. Neben der Ueberzeugung von der Notwendigkeit des Rechtes steht die Notwendigkeit einer Rechtfertigung. Vom Standpunkt des Staates kann man das Dasein des Rechtes erklären, nicht aber es sich befriedigend erklären. Nur vom Standpunkt des Individuums kann das Problematische an der verpflichtenden Kraft des Gesetzes gesehen und gelöst werden.

Ich stelle eine kurze Formulierung der Lösung vor die eingehende Entwicklung.

Die Rechtfertigung des Rechts und in Sonderheit die Verbindlichkeit der Gesetze beruht darauf, dass die Rechtsnormen übereinstimmen mit Kulturnormen, deren Verbindlichkeit das Individuum kennt und anerkennt.

Normen sind Regeln, und zwar Regeln praktischer Art, d. h. Anweisungen für das menschliche Handeln. Sie treten auf mit dem Anspruch, massgebend zu sein; sie wollen befolgt werden, sie sind also Imperative, entweder positive (Gebote) oder negative (Verbote). „Je nachdem der Imperativ bloss das Handeln im einzelnen Fall oder einen Typus des Handelns für alle Fälle einer

---

[3]) Die mannigfachen Theorien über den Grund der verpflichtenden Kraft des Gesetzes bespricht E. R. Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe I, (1877). Zu Bierlings Grundgedanken, dass die verpflichtende Kraft des Gesetzes auf der Anerkennung beruht, nehmen die Ausführungen des Textes Stellung. — Vgl. auch Jellinek, Allgemeine Staatslehre (1900) 162 ff: „Die Lehren von der Rechtfertigung des Staates."



gewissen Art vorzeichnet, unterscheiden wir konkrete und abstrakte Imperative. Letztere decken sich mit der Norm. Die Norm ist demnach zu bestimmen als abstrakter Imperativ für das menschliche Handeln."[4])

Von den Rechtsnormen scheiden wir die Kulturnormen. Den Ausdruck „Kulturnormen" gebrauche ich als einen Sammelnamen für die Gesamtheit derjenigen Gebote und Verbote, die als religiöse, moralische, konventionelle, als Forderungen des Verkehrs und des Berufs an das Individuum herantreten.

Wenn nun die Pflichten, die dem Einzelnen aus der Rechtsordnung erwachsen, identisch sind mit den Pflichten, die ihm von der Kultur auferlegt sind, so kann keiner sich beklagen, er werde nach Normen gerichtet, die ihm nicht mitgeteilt worden sind. Vielmehr wird jeder nach Gesetzen beurteilt, deren Verbindlichkeit er anerkannt hat; seine Anerkennung bezieht sich nur nicht auf die in Rechtsform gegossene Norm, sondern auf die gleichlautende, die er aus der Kultur, unter der er lebt, kennen gelernt hat. Dass die Gesetze, auch ohne dass sie sich an das Volk wenden, verbindlich sind, das wird uns soweit gerechtfertigt erscheinen, wenn die beiden Voraussetzungen,

dass das Individuum die Kulturnormen kennt und anerkennt,

dass die Rechtsnormen mit den Kulturnormen übereinstimmen,

in den thatsächlich gegebenen Verhältnissen verwirklicht sind.

1. Wird die erste Voraussetzung überhaupt von einem Zweifel angetastet? Das kann nur der Fall sein, wenn man die Richtigkeit eines allgemeinen Grundsatzes danach bemisst, ob derselbe auch den Erscheinungen, die sich als Ausnahmen bekennen, gerecht wird. Richtig aber ist ein Prinzip, wenn es in die Breite der Erscheinungen Licht und Einheit bringt; wenn es mit ein oder der andern Thatsache, die an der Peripherie des Kreises, den es erleuchten will, kollidiert, so mindert das nicht seine Richtigkeit. Immer und immer wieder wird „der positive Jurist" an der Rechtsphilosophie irre, weil er eine künstlerische Wiedergabe der Wirklichkeit beurteilt als ob sie eine Photographie sein sollte. —

---

[4]) v. **Ihering**, Zw. i. R. I, 331.

Einen Menschen, der von den religiösen und moralischen Vorschriften nichts weiss, nennen wir einen Idioten. Der Zurechnungsfähige kennt seine Pflichten und erkennt sie an. Und wenn ein oder der andere sich lossagt von allgemein anerkannten Geboten, so weiss er doch, dass seine Privatmoral nicht anerkannt ist. Der Anarchist, der den Fürstenmord glorificiert, weiss sehr wohl, dass er gegen die anerkannten Kulturnormen kämpft. Dieses Schicksal teilt mit dem sozial Minderwertigen der Heros, der nach einer neuen, bessern Ordnung lebt als Bürger einer neuen Zeit.[5]) Ihn rechtfertigt das kommende Jahrhundert, die Rechtsordnung seines Zeitalters kann für ihn nicht gerechtfertigt werden. Wenn wir aber den Blick auf die grosse Menge des Volkes richten, dann finden wir in jedem Einzelnen das Bewusstsein seiner Pflichten und eine volle Uebereinstimmung zwischen den von ihm und von der Allgemeinheit anerkannten Pflichten, wir finden in jedem Individuum ein Mitglied der Kulturgemeinschaft. An jeden treten die Forderungen der Kultur auf die mannigfachste Weise heran; die kulturelle Tradition, die in jedem Volk von Generation zu Generation getragen wird, hat tausend Wege. Wenn wir auf die Erziehung in Schule und Elternhaus, auf die Teilnahme am kirchlichen und öffentlichen Leben, auf die Lehren, die die Militärdienstzeit den einen, die Ausbildung im Beruf den andern zuteil werden lässt, verweisen, so ist das eine ganz grobe Schilderung eines unendlich feinen Vorganges. Die kulturelle Tradition lässt sich im einzelnen nicht kontrollieren, wie die Luft dringt sie überall hin. Dass dieselbe es vermag, den Willen auf dem guten Weg zu halten, das behaupte ich natürlich nicht. Pflichten kennen und anerkennen heisst noch nicht sie befolgen wollen, geschweige denn sie befolgen. In dem Bewusstsein der Pflichten, von dem wir sprechen, liegt nichts von den moralischen Accenten, unter denen das Pflichtbewusstsein steht. Die Seele als Wille und die Seele als Vorstellung, das sind zwei Welten. Die Grundlehre der hellenischen Ethik, die Tugend und Wissen einander gleich-

---

[5]) „Daher in den Annalen der Strafjustiz in der Zahl der dem Henker Ueberlieferten mit dem Auswurf der Menschheit sich deren idealste Gestalten vereinigt finden. In dieser Hinsicht hat der Vorgang auf Golgatha, der Kreuzestod Christi inmitten der beiden Mörder, eine typische Bedeutung." (Merkel, Ges. Abhandlungen II 563).

setzt, hat der kritische Verstand längst als eine glückselige Naivität unter die unwiderbringlichen Illusionen eingereiht.

2. Schreiten wir fort zu der Prüfung, wie weit die Rechtsnormen mit den Kulturnormen übereinstimmen. Hierbei ist zunächst daran zu erinnern, dass Religion, Moral und Recht im Kindheitsalter der Völker nicht differenziert sind, ungeschieden liegen sie in dem Geist der Zeit, wie sie auch heute noch in der Seele des Kindes und des naiven Menschen ein Ganzes sind. Ursprünglich stimmen Kultur- und Rechtsnormen nicht bloss überein, ursprünglich sind sie identisch. Allmählich aber hört das Volk oder der Stamm auf, die einzige soziale Einheit zu sein, die Gesellschaft zersplittert sich in Gesellschaften, es bilden sich immer mehr Interessen und Interessengemeinschaften, die sozialen Reibungsflächen werden grösser und grösser, die Gemeinschaften verlangen vom Individuum vielerlei, und so scheiden sich aus der einen Ordnung Ordnungen aus. In diesem Ausscheidungsprozess sondern sich die Rechtsnormen von den Verhaltungsmassregeln, die der religiösen, der sittlichen und konventionellen Ordnung angehören. Aber nicht ein besonderer Inhalt scheidet die eine Ordnung von der andern; wie sollte es denkbar sein, dass irgend ein Zeitalter eine Rechtsordnung aufrichtet, die nicht seiner Kultur entspricht! Die Inhalte aller sozialen Ordnungen stehen im gleichen Fluss; die eine kann wohl zeitweise hinter der andern zurückbleiben, aber keine kann einen selbständigen Lauf nehmen.[6]) Das Recht hat sich in dem Ausscheidungsprozess nicht neue Inhalte angeeignet, sondern eine eigene Form und eine eigene Garantie. Kulturforderungen, die sich längst bewährt haben, werden in eine neue Form gegossen; in steter technischer Vervollkommnung, deren wichtigstes Instrument die Aufzeichnung ist, wird die Gesetzesform ausgeprägt; die Geschichte dieser Ausprägung ist die der Absonderung der Rechtsnormen.[7]) Und Hand in Hand mit dieser technischen Entwicklung

[6]) Die Religion ist die am wenigsten wandelbare Ordnung, weil sie sich „auf den Menschen, wie er mitten in allem Wandel und Fortschritt der Dinge sich gleich bleibt, bezieht.“ Harnack, das Wesen des Christentums, Akademische Ausgabe S. 5.

[7]) v. Ihering, Geist des röm. Rechts II, 1 S. 35: „Das Gesetz ist der Akt, wodurch das Recht aus dem Zustand der Naivität heraustritt und in offizieller Weise zum Selbstbewusstsein gelangt.“

geht eine zweite; das Recht wird dadurch selbständig, dass es eine der sozialen Garantien sich zur ausschliesslichen Verwendung vorbehält. Eines der Mittel, die geeignet sind eine Gewähr dafür zu bieten, dass sich das Individuum in einer dem Willen der Gesellschaft entsprechenden Weise d. i. sozial verhält, wird unter die Kautelen gestellt, die allein die Rechtsordnung bietet; diejenige soziale Garantie, die selbst der stärksten Garantien bedarf, weil sie dem Individuum die schwersten Wunden schlägt, wird in die Hand des Richters gelegt: ihr Symbol ist das Schwert, ihr Name äussrer Zwang. Die Normen, die die Handhabung physischer Zwangsmittel vorsehen, sind Rechtsnormen.[8]) Und da im Laufe der Zeiten der Staat den äusseren Zwang monopolisiert hat, ist für uns nur das staatliche Recht eine Rechtsordnung im vollen Sinne des Wortes. Je mehr man sich in diese Entwicklung, von der hier nur die äussersten Umrisse skizziert worden sind, vertieft,[9]) um so natürlicher erscheint die Uebereinstimmung von Rechts- und Kulturnormen. Eigentümlich ist dem Recht nur eine besondere Form, die Rechtsnorm, und dieses, dass es an (kultur)normwidriges Verhalten seine Folgen, die Unrechtsfolgen des Rechtes knüpft; aber es giebt kein Verhalten, welches der Staat verbietet, ohne dass es vor ihm die Kultur verboten hat.

Ein Ueberblick über die gegenwärtigen Verhältnisse zeigt uns das gleiche Bild wie das Werden des Rechts. Jeder Deutsche kennt die zehn Gebote. Nun ist aber die Zahl der Rechtssätze, die für den verbindlich sind, der die zehn Gebote kennt, nahezu unübersehbar. Vielleicht der grösste und sicherlich der wichtigste Teil des Strafrechts enthält Gebote, die sich inhaltlich mit den zehn Geboten decken. Die zehn Gebote verhalten sich zum allgemeinen Strafrecht

---

[8]) Falsch aber wäre es, zu behaupten, dass Normen, denen die Garantie des äussern Zwangs fehlt, nicht Rechtsnormen sind!

[9]) Vgl. aus der neueren Literatur namentlich Richard Schmidt, Allgemeine Staatslehre (1901) I, 166 ff; hervorzuheben: „Inhaltlich sind die Rechtssätze nur Sätze, die ohnehin in den Anschauungen des Volks als beherrschende Normen Bestand haben. Wohl aber erlangen sie dadurch ein eigenartiges Gepräge, so oft für sie, die unentbehrlichsten der sozialen Normen, das Bedürfnis nach dem Besitz äusserer Garantien ihrer Durchführung rege wird.“ (S. 169.) Und S. 170: „Kurzum, man darf formulieren, dass das Recht als Ganzes, in der Durchschnittserscheinung der Rechtssätze, der unter öffentliche staatliche Garantien gestellte Teil der Volksmoral und Volkssitte ist.“

ähnlich wie die Kriegsartikel zum Standesstrafrecht der Militärpersonen. Auf die nicht-strafrechtlichen Gesetze soll diese Abhandlung nur nebenbei eingehen; nur soweit, um keinen Zweifel darüber zu lassen, dass die hier vertretenen Lehren, von geringfügigen Modifikationen abgesehen, für alle Gesetze gelten wollen. Dass die grundlegenden Gesetze des Civilrechts mit Kulturforderungen übereinstimmen, das wird am ehesten zugegeben werden; zwar kann man sich zum Beweise hier nicht auf eine ehrwürdige Kodifikation berufen, die jeder in der Kindheit kennen lernt, wohl aber auf die zehn Gebote des täglichen Lebens, die elementaren Lehren, die jeder im Verkehr mit andern erlernt, wenn auch mancher in diesen Beziehungen erst durch Schaden klug wird. Anders ist es in prozessualen Fragen und in vielen formellen Dingen, die im Rechte unumgänglich sind, anders, weil es keine allgemeinen, im Volk bekannte Forderungen giebt, auf welche sich diese Rechtsnormen gründen. Aber diesen besondern Verhältnissen trägt das Rechtsleben auch in besondrer Weise Rechnung, etwa indem es die Partein auf Anwälte anweist oder indem es dem Gerichte die Pflicht auferlegt, den Angeschuldigten über seine prozessualen Rechte zu belehren, ihm kund zu geben, er könne gegen diesen Beschluss Beschwerde einlegen, er dürfe auf diese Frage die Antwort verweigern und dgl. mehr. Auch ist zu beachten, dass viele Formvorschriften gerade den Zweck haben, den Unerfahrenen sicher zu stellen; um ihn vor Nachteilen zu schützen, versagt die Rechtsordnung seinen in mangelhafter Form geschlossenen Geschäften die Gültigkeit.[10]) Und schliesslich, dass derjenige, der das Recht kennt, dem Unkundigen in der Austragung von Rechtsstreitigkeiten überlegen ist, dass es ein Vorteil ist, das Gesetz zu kennen, — niemand will es bestreiten. Diese Ueberlegenheit des Rechtskundigen vermag unser Prinzip allerdings nicht zu rechtfertigen. Aus der Uebereinstimmung der Rechts- mit den Kulturnormen rechtfertigt es sich, dass die Gesetze verbindlich sind auch für denjenigen, der nichts von ihnen weiss; die Klugheit, sich besseres Wissen und dadurch grössere Macht zu verschaffen, rechtfertigt sich selbst; unser Problem hat mit diesen utilitaristischen Erwägungen nichts zu thun.

[10]) Ueber die Vorteile und Nachteile der Förmlichkeiten spricht v. Ihering, Geist des röm. Rechts II, 2, 478ff.

Nun giebt es aber gerade in der entwickelten Rechtsordnung unserer Tage, wie im Civilrecht so im Strafrecht, derartig spezialisierte sachliche Bestimmungen, dass man scheinbar vergebens sich nach Geboten der Kultur umsieht, aus denen diese Rechtsnormen die verbindliche Kraft entnehmen könnten. Sind nicht im Wechselrecht, in den Gesetzen über das Versicherungswesen, in der Gewerbeordnung, in den Nahrungsmittelgesetzen u. s. w. Bestimmungen enthalten, die man einzig und allein aus dem Gesetze kennen lernen kann? Ist es nicht eine Ungeheuerlichkeit zu behaupten, der Margarinefabrikant werde von der Kultur über seine Pflichten belehrt? Leidet unsere Theorie nicht an diesen spezialisierten Bestimmungen Schiffbruch?

3. Vier Erwägungen werden die Frage verneinen.

a. Viele der Bestimmungen, die wir hier im Auge haben, ohne ihren Kreis näher zu umgrenzen, gehen von vorneherein nur eine bestimmte Berufsart an; sie sind spezialisiert, weil sie für einen besondern Verkehr gelten. Es kann nicht jeder in die Lage kommen, nach ihnen beurteilt zu werden, sondern nur der Handwerker oder der Frachtführer, der Seemann oder der Viehhändler, je nach dem Gesetz, um welches es sich handelt. In jedem Berufszweig giebt es aber eine Tradition, die jeden Einzelnen wie über die Technik des Berufes so darüber belehrt, was gang und gäbe, was verboten und geboten ist. Ein guter Teil der spezialisierten Bestimmungen ist nichts anderes als der Niederschlag dessen, was unter den ehrlichen Leuten des betreffenden Berufes gang und gäbe ist. Diejenigen, die das Gesetz angeht, kennen daher dasselbe, auch ohne es je in der Hand gehabt zu haben, sie kennen es aus den Forderungen, die ihnen die Erziehung in ihrem Beruf übermittelt hat. Es kann nicht zweifelhaft sein, dass in vielen Fällen diese Uebereinstimmung zwischen Rechtsnormen und der Kultur einer Berufsart vorhanden ist; zweifelhaft kann nur sein, wie weit dieser Einklang reicht, wie viele Fälle er deckt. Diese Frage lasse ich offen; denn an dem Punkt, an dem diese erste Erwägung uns im Stiche lässt, führt die zweite das Prinzip durch und baut es aus.

b. Der Staat ist berufen, durch seine Rechtsordnung die Kulturentwicklung zu fördern; das Recht soll sich der Kultur gegenüber nicht bloss rezeptiv, sondern auch produktiv verhalten. Es muss

also vorkommen, dass Gesetze erlassen werden, aus denen dem Individuum neue Pflichten erwachsen, aus denen sich Anforderungen ergeben, die nur aus dem Gesetz erfahren werden können. Es ist kaum möglich, hier ein Beispiel zu geben. Die kleine Zahl von Normen, die hier in Frage stehen, regeln alle bestimmte Beschäftigungsweisen, sie gelten dem Verhalten in einem besondern Verkehr, (etwa dem Verkehr mit Nahrungsmitteln). Was aber in den Kreisen der Beteiligten als neue Pflicht empfunden wird, das kann nur der beurteilen, der dem Kreise angehört. Im Strafrecht vollends sind solche Gesetze mit neuem Inhalt kaum mit Bestimmtheit zu verzeichnen. Sie kommen häufig nur auf dem Gebiet des Polizeirechtes vor und dieses scheidet zunächst aus unserer Betrachtung aus, um uns nachher zu beschäftigen. Keinesfalls aber darf man an Strafsatzungen denken, die den Wucher oder das Zuhälterwesen oder den Diebstahl an Elektrizität unter Strafe gestellt haben; wenn diese Handlungen vordem auch straflos waren, von der Kultur sind sie längst verpönt gewesen. Es ist also mehr die Vermutung, dass die Rechtsordnung Forderungen enthält, die die Kultur nicht kennt, und die grundsätzliche Ueberzeugung, dass sie solche Normen enthalten muss, welche uns weiter zu gehen heissen, und nicht so sehr eine auf Paragraphen verweisende Erfahrung. Und warum dem so ist, das wird sich im folgenden mehr und mehr klären.

Ein kulturfremdes Gesetz kann sich auf die Dauer nicht halten. Nur das Gesetz, welches sich einlebt, d. h. von der Kultur rezipiert wird, vermag ein dauernder Bestandteil der Rechtsordnung zu sein. Hat sich aber das Gesetz in kurzer oder längerer Zeit eingelebt, so übermittelt die Kultur dem Interessenten die Kenntnis des Inhaltes; die neuen Forderungen sind schnell alt geworden. Es mag also wohl sein, dass ein Gesetzesinhalt eine Zeit lang nur aus der Rechtsordnung kennen gelernt werden kann, ist das Gesetz gut, so lebt es sich ein und wird hinfortan von der kulturellen Tradition gemeinkundig gemacht. Der Einfluss, den das Recht auf die Kultur hat, schliesst die Lücke, die bisher noch unserer Theorie von der verpflichtenden Kraft des Gesetzes angehaftet hat, und zwar in folgender Weise:

Der Gegenüberstellung von Kultur- und Rechtsnormen, die wir verwerten, darf uns nicht übersehen lassen, dass Recht und

Kultur keine Gegensätze sind. Das Recht ist einer der wichtigsten Kulturfaktoren. Wie die Gesetze nun ihren Inhalt aus der Kultur schöpfen, so lassen sie ihn auch in die Kultur einströmen. Das Recht selbst arbeitet mit an der Erhaltung und Weiterbildung von Brauch und Sitte, von Sittlichkeit und Rechtsgefühl. Die Uebereinstimmung zwischen Rechts- und Kulturnormen erklärt sich aus der Wirkung der Kultur auf das Recht nur zum Teil, sie erklärt sich vollständig aus der Wechselwirkung zwischen Recht und Kultur.

Ein berühmter Philosoph hat uns vor dem Begriff Wechselwirkung gewarnt. Mit gutem Grunde, auch hier würde das Wort einen logischen Fehler verhüllen, wenn wir das auf die Kultur einwirkende Recht und das Recht, auf welches die Kultur einwirkt, indentifizieren würden. Indessen ist das Recht, welches aus der Kulter quillt, ein anderes als das Recht, welches sich in die Kultur ergiesst. Wir müssen unterscheiden zwischen dem Recht als Satzung d. i. das Gesetz und dem Recht als Tätigkeit d. i. die gesamte Thätigkeit der Staatsorgane, die sich in Befolgung von Rechtsnormen abspielt; die Rechtspflege, diesen hauptsächlichen (nicht einzigen) Akt des Rechtes als Thätigkeit wollen wir hier herausgreifen. Die Rechtssatzung als solche hat keinen unmittelbaren Einfluss auf die Kultur einer Nation; die Satzung ist in dieser Beziehung rein rezeptiv. Sie befindet sich entweder vom Tag ihres Inkrafttretens an in Uebereinstimmung mit der Kultur, das ist der Regelfall, — oder sie wird im Verlaufe ihres Geltens von der Kultur rezipiert, das ist der Fall, von dem wir hier behaupten: Nicht aus eigner Kraft erwirkt sich die Rechtssatzung die Aufnahme in die Kultur, sie ist nicht produktiv; produktiv ist in dieser Hinsicht die Rechtspflege. Sie ist es, die die anfangs fehlende Uebereinstimmung der Rechtsnormen mit Kulturnormen herbeiführt, indem sie durch stete Anwendung des Gesetzes im Volk oder in dem Interessentenkreis die Anschauung kultiviert, die sich inhaltlich deckt mit dem Willen des Gesetzes. Natürlich wird auf diese Weise auch die Satzung mittelbar thätig, da ja in der Rechtspflege das Gesetz zur Anwendung gelangt. Wer aber beobachten will, wie sich rechtliche Anordnungen einleben, der muss dem Recht, welches auf dem Pa-

pier steht, den Rücken wenden und das Recht, so wie es eingreift in die Lebensverhältnisse, ins Auge fassen. Das geschriebene Recht bleibt der Menge immer fremd, seine abstrakten Bestimmungen werden der Allgemeinheit nie ganz verständlich, das Gesetzbuch schafft sich der Bürger nicht an oder stellt es in einen vergessenen Winkel. Das Recht jedoch, welches das Gericht gesprochen hat, setzt sich fest bei denen, die an der Frage interessiert sind; dass der Nachbar seinen Prozess verloren hat oder dass des Nachbars Sohn eingesperrt worden ist, — das ist das Recht, welches auf die Kultur einwirkt, welches die Sitten modifiziert, die sittlichen Anschauungen beeinflusst, dem Rechtsgefühl die Wege weist, welches als ungehörig brandmarkt, was in diesem oder jenem Kreis gang und gäbe gewesen ist. Allmählich vollzieht sich dieser Prozess; widerwillig beugt sich die erste Generation dem Rechtszwang, gleichgültig folgt die zweite dem Willen des Staates, weils alter Brauch ist, richtet die dritte Generation ihr Verhalten so und nicht anders ein. Die rechtliche Tradition macht aus den (guten) anfänglich kulturfremden Gesetzen Bestandteile der Kultur. Die rechtliche Tradition mündet ein in die kulturelle, ihre Wellen vermengen und verstärken sich.

Der Gesetzgeber weiss sehr genau, wie hoch diese rechtliche Tradition zu schätzen ist; er wahrt bei neuen Gesetzen die Kontinuität mit den alten, er scheut sich, dem Volke ein völliges Novum zuzumuten. Das Neue, und wäre es noch so rationell, würde bei der Menge kein Verständnis finden, es wäre nichts da, aus dem es seine verbindliche Kraft saugen könnte. Andererseits soll die Gesetzgebung kulturelle Fortschritte anbahnen und kann daher nicht bei dem Eingewurzelten still stehen. Es ist eine der schwierigsten Aufgaben der Gesetzgebung, die richtige Mitte zu finden zwischen dem Anschluss an die bestehenden Normen und der Erziehung des Volkes zu neuen Richtmassen. Nur das Gesetz, das in die bestehende Kultur sich einfügt und doch diese Kultur weiter bildet, erfüllt seine soziale Mission vollkommen.

c. Die letzten Erörterungen haben den spezialisierten Bestimmungen, die sich einleben, gegolten; sie haben aber auch schon erkennen lassen, wie über die Gesetze, die sich nicht einleben, zu urteilen ist. Es sind schlechte Gesetze, sie setzen „unrichtiges

Recht," sie sind nicht zu rechtfertigen. Und das gleiche gilt von den Gesetzen, die sich ausgelebt haben, d. h. denjenigen, die von der Kultur überholt worden sind; einst als die Gesetze in Kraft traten, befanden sie sich in Uebereinstimmung mit ihren kulturellen Grundlagen, aber im Lauf der Zeiten haben sich diese Grundlagen verschoben, — etwa infolge von Veränderungen in wirtschaftlichen Verhältnissen oder infolge von neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen, — sodass nunmehr Recht und Kultur sich widersprechen. Diese Gesetze, die sich nicht einleben können oder sich ausgelebt haben, erscheinen bei konsequenter Durchführung unseres Standpunktes verwerflich; ihnen gegenüber tritt der kritische Gehalt unseres Prinzips hervor: Wir weisen zurück die Gesetze, die in unversöhnlichem Widerspruch mit Kulturforderungen stehen. Diese Gesetze sind verbindlich, nur weil es Gesetze sind, sie haben bloss juristisch verbindliche Kraft. Aber sie sind nicht zu rechtfertigen, weil ihnen die Uebereinstimmung mit den Kulturnormen fehlt. Diese Kritik hat ihre Richtigkeit sowohl vom Standpunkt des Staates als von dem des Individuums. Es ist politisch unklug, wenn der Staat sich einer Niederlage aussetzt; und er thut es jedesmal, wenn er ankämft gegen Anschauungen oder Gebräuche, die als berechtigt empfunden werden und daher stärker sind als die staatlichen Anordnungen. Man denke beispielsweise an das frühere Gesetz zur Bekämpfung der gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie. Gegen Ideen, die die Völker bewegen, sind Ideen taugliche Waffen, Verurteilungen sind machtlos. Es mag wohl sein, dass der Bürger klug genug ist, sein Verhalten äusserlich nach dem Willen des Staates einzurichten, aber der Wille des Staates erscheint ihm willkürlich; der Staat erzeugt Erbitterung, er züchtet eine staatsfeindliche Gesinnung und er selbst hat den Schaden zu tragen. Ganz anders der Staat oder der Herrscher, der nichts befiehlt, was tief gründenden Interessen feindlich ist.

„Es ist kein schönrer Anblick in der Welt,
Als einen Fürsten sehen, der klug regiert;
Das Reich zu sehen, wo jeder stolz gehorcht,
Wo jeder sich nur selbst zu dienen glaubt,
Weil ihm das Rechte nur befohlen wird."

Hiermit ist auch schon gesagt, warum vom Standpunkt des Individuums die dauernd kulturfremden Gesetze unberechtigt sind.

Wer solchen Gesetzen verfällt, wird gerichtet nach Normen, die ihm entweder überhaupt nicht bekannt oder ihm unanerkennbar erscheinen. Das Recht hat etwas verboten, was die Kultur gebietet oder doch gestattet.

Wir haben somit konstatiert, dass es Rechtsnormen giebt, deren Inhalt nicht mit der Kultur übereinstimmt. Aber unser Prinzip hat dieser Thatsache nicht weichen müssen, sondern die Thatsache dem Prinzip. Mit andern Worten: Unsere Theorie hat sich an dem Punkt, an welchem ihr die Thatsachen widersprechen, als kritisches Prinzip bewährt. Das ist die dritte von den vier angekündigten Erwägungen gewesen. Sie beansprucht ebensowohl Gültigkeit für allgemeine Bestimmungen wie für die spezialisierten, von denen wir ausgegangen sind. Und da unser Ergebnis — weit entfernt, irgend etwas neues zu enthalten — sich mit einer altbewährten, stets wiederkehrenden Beurteilung von Gesetzen deckt,[11]) glaube ich, auf der kritischen Seite des Prinzips die Richtigkeit der dogmatischen bestätigt zu sehen.

d. Wenn wir nun auf Grund kritischen Vorgehens aus einem Rechtssystem alle Rechtssätze ausscheiden, die unberechtigt sind, so bleiben doch noch Bestimmungen übrig, die nicht mit Kulturnormen übereinstimmen. Es sind die Rechtsnormen, deren Materie überhaupt nicht von der Kultur erfasst wird. Bestimmungen dieser Art wären z. B.; „Wer den polizeilichen Anordnungen über vorzeitige Beerdigungen entgegenhandelt, wird mit Geldstrafe bis 150 Mark oder mit Haft bestraft.“ (Str.-G.-B. § 367, 2.) Oder: „Schaumwein, der aus Fruchtwein hergestellt ist, muss eine Bezeichnung tragen, welche die Verwendung von Fruchtwein erkennen lässt.“ (Weingesetz § 6.)

Es ist ausgeschlossen, derartige Rechtssätze als unberechtigt abzuweisen, es ist andererseits unverkennbar, dass diese Rechtsnormen zwar nicht in Widerspruch, aber auch nicht in Uebereinstimmung mit Kulturnormen stehen; ihr Inhalt ist kulturell indifferent. Wir lernen also hier ein Gebiet kennen, welches weder von dem positiven noch von dem kritischen Gehalt unsers Prinzips beherrscht wird, das Gebiet des Polizeirechtes. Wir konstatieren: Es giebt berechtigte Rechtsnormen, die nicht mit

[11]) Vgl. etwa Richard Schmidt, Allgem. Staatslehre I, 177, „ . . . nur die populären Bestandteile der Rechtsordnung sind auf die Dauer lebensfähig“.

Kulturnormen übereinstimmen, weil die Kultur die betreffende Materie überhaupt nicht ergreift; sie charakterisieren sich als Polizeirechtsnormen. Es würde hier den Gedankengang unterbrechen, diese Charakterisierung des Polizeirechtes breiter auszuführen; dieselbe gehört weniger in die Entwicklung, als vielmehr zu den Ergebnissen unserer Lehre und wird daher in dem Abschnitt über die Leistungen der Theorie weiter verfolgt werden. (Vergl. unten 2. Teil, Kapitel 5.)

III. Hier aber ist auf eines noch zu verweisen, auf einen Inhalt der Rechtsnormen, über den die kulturelle Tradition nur ungenaue Auskunft giebt, ich meine die Unrechtsfolgen und in Sonderheit Art und Mass der Strafe. Das Individuum weiss wohl, dass dieses oder jenes Verhalten unrecht ist, vielleicht auch, dass es der Staat bestraft, aber es weiss in der Regel nicht, wie schwer die Strafe ausfallen kann. Die Kulturnormen verbreiten sich nicht über die Rechtsfolgen, die das normwidrige Verhalten haben wird, — womit natürlich nicht gesagt sein soll, dass völlige Unkenntnis über die Strafdrohungen herrscht; von einigen ist viel, von anderen wenig bekannt. Genaue Auskunft giebt die kulturelle Tradition dem Einzelnen nur darüber, ob die Handlung pflichtwidrig ist, und darüber, wie schwer das Unrecht für die moralische Beurteilung wiegt. Dass diese moralische Einschätzung an Genauigkeit der Entscheidung der Alternative, recht oder unrecht, nicht gleichkommen kann, und dass die letztere bei moralischen Konflikten unmöglich werden kann, das versteht sich ohne weiteres. Die Frage, die sich uns aufdrängt, ist aber diese: Ist es in letzter Linie nicht doch unbillig, den Bürger zu richten nach Gesetzen, die er nicht kennt, noch kennen muss, wenn er nicht gewusst hat, welchen Nachteilen er sich durch sein normwidriges Verhalten aussetzt?

Wer diese Frage bejaht, würde das Bewusstsein der Strafbarkeit und darüber hinaus das Bewusstsein, wie die Handlungen bestraft werden, zur Voraussetzung für die Bestrafung machen; er würde nur denjenigen strafen können, der juristische Kenntnisse hat. Davon kann natürlich nicht die Rede sein; aber der Grund, dass diese Forderung die Rechtspflege lahm legen würde, enthält, so stichhaltig er ist, nicht die Rechtfertigung, die wir verlangen. Diese liegt vielmehr in der Abweisung des oppor-

tunistischen Standpunktes. Es kann nämlich die Forderung, das Individuum müsse die Strafdrohung gekannt haben, lediglich auf den einen Grund gestützt werden, dass die Abwägung der aus der Handlung zu erwartenden Vorteile und Nachteile für die Entschliessung wesentlich sei. Diese Begründung ist opportunistisch; die in ihr enthaltene Regel kann man als Lebensklugheit empfehlen, nicht aber in der Debatte über die Rechtfertigung des Rechts verwerten. Moralisch ungerechtfertigte Erwägungen sind in unserer Frage null und nichtig. Wir müssen festhalten, dass wegen Nichtbeachtung von Normen nur bestraft werden kann, wer die Norm kannte; was sich der Delinquent über die staatliche Reaktion gedacht hat, das ist für unsere prinzipielle Frage unerheblich. Wie es für den Staat vollständig gleichgültig ist, aus welchen Motiven jemand die verbotene Handlung unterlassen hat, — ob aus Furcht vor Strafe oder aus sittlichen Motiven oder weil es Sitte ist, sittlich zu scheinen, — so ist es unerheblich, wenn derjenige, der die verbotene Handlung begangen hat, sich damit entschuldigt, dass er die unrechte That unterlassen haben würde, falls er die Grösse der Strafe gekannt hätte. Diese Entschuldigung kann vom Staat nicht angenommen und — was hier den Ausschlag giebt — vom Individuum nicht vorgebracht werden, weil sie unmoralisch ist. Es ist somit nicht unbillig, die angedrohte Strafe zu verhängen, auch wenn der Delinquent sich über die Schwere derselben getäuscht hat. Stillschweigend setzen wir dabei voraus, dass die Strafdrohung an und für sich der That entspricht.

Drittes Kapitel.

Die richtige Adresse der Rechtsnormen.

Der einzige Grund, der uns die Fiktion, die Rechtssätze seien an das Volk gerichtet, als unerlässlich vorspiegeln kann, ist vernichtet. Der Richter kann es wagen, dem Angeschuldigten, der sich auf seine Unkenntnis des Gesetzes beruft, zu antworten: an Dich ist das Gesetz überhaupt nicht gerichtet. Es hat für uns nichts Befremdendes mehr, dass jeder Bürger dem Gesetze unterthan ist, auch ohne dass das Gesetz ihm einen Befehl erteilt hat. Die Pflichtenlehre, die man in die Rechtsordnung hinein hat legen wollen, ist in andern Ordnungen, die dem Volke verständlicher und zugänglicher sind als die Gesetze, publiziert. Die Kultur löst die Aufgabe, mit der man die Rechtsordnung belastet hat, sie verkündet die Gebote und Verbote, durch welche „die Lebensbedingungen der Gesellschaft" gesichert werden. Hiermit sind die Irrtümer und Besorgnisse hinweggeräumt, die den Weg, der zur Erkenntnis der richtigen Adresse der Normen führt, versperrt haben. Wir schütteln die Fiktion ab und bekennen uns zu der natürlichen Auffassung, die sich mit den thatsächlichen Verhältnissen deckt: An die Organe des Staates, die das Recht handhaben, wenden sich die Rechtsnormen, ihnen erteilen sie Befehle, ihnen geben sie die Anweisung, wie das Recht gepflegt werden soll.

Da die vorangegangenen Erörterungen diese Behauptung vorbereitet haben, und da das nächste Kapitel die Bedenken, die noch etwa vorhanden sind, zu besiegen hofft, genügt es hier, einige Erwägungen, die die Behauptung erhärten, anzustellen.

I. Zunächst stelle ich der Thatsache, dass das Volk nichts von den Gesetzen weiss, die andere gegenüber, dass die Behörden dieselben sehr wohl kennen. Jura novit curia, ist ein bekannter Grundsatz der Prozessrechte. — Sonderbarer Weise ist mir in Unterhaltungen über diese Frage mehrmals eingewendet worden, die Behauptung, das Gericht kenne das Recht, sei im Grunde auch nichts anderes als eine Fiktion. Die Hartnäckigkeit, mit der mir dieser Einwand begegnet ist, zwingt mich, ihn ernst zu nehmen. Gewiss kann die Masse der geltenden Bestimmungen in keinem Kopfe gegenwärtig sein, aber der Richter hat doch immer die Pflicht und die Fähigkeit, sich die Gesetzeskenntnis anzueignen, die für die Entscheidung des konkreten Falles erforderlich ist. Nur auf das Kennen, soweit es Voraussetzung des Könnens ist, kommt es an, und diese Kenntnisse, die im wesentlichen Verständnis sind, entbehren der Thatsächlichkeit nicht im geringsten. Auch möge man sich vergegenwärtigen, dass der Staat, der nichts thut, um dem Volke Gesetzeskenntnis zu verschaffen, eine umfangreiche Thätigkeit entfaltet, die Handhabung seiner Rechtsordnung rechtskundigen Männern anzuvertrauen.[1])

Sodann beweisen die Entscheidungen der höheren Instanzen, dass man von der Vorstellung, der Richter sei der Adressat des Gesetzes, stets ausgeht, sobald man sich seinem gesunden Menschenverstand überlässt. In diesen Entscheidungen kehren an unzählbaren Stellen Wendungen wieder wie etwa: „Die Staatsanwaltschaft rügt in ihrer Revision, dass die Freisprechung des Angeklagten auf rechtsirriger Auffassung des Gesetzes beruht“; — „Die Revision rügt Verletzung des § x durch Nichtanwendung“; — „Die Vorinstanz verletzt die Vorschrift des § x“ — u. s. w. Diese Ausdrucksweise entspricht derjenigen unserer Prozessgesetze: „Die Revision kann nur darauf gestützt werden, dass das Urteil auf eine Verletzung des Gesetzes beruhe. — Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.“ (St.-P.-O. § 376 und C.-P.-O. §§ 549, 550.) Hier überall erscheint der Richter als Uebertreter des Gesetzes; das Gesetz kann aber nur von demjenigen übertreten werden, der es befolgen soll. Der Gerichtshof könnte die Rechtsnorm nicht verletzen, wenn sie nicht für ihn Norm wäre, wenn sie nicht ihm Weisungen erteilte. Hiermit ist jedenfalls soviel fest-

---

[1]) Ueber die Beteiligung der Laien am Richteramt vgl. das dritte Kapitel des zweiten Teils.

gestellt, dass unsern Gerichten und Gesetzen gelegentlich die richtige Adresse der Rechtsnormen vorschwebt. Es werden wohl auch die meisten Juristen zum mindesten dieses zugeben, dass die Gesetze auch denjenigen, die berufen sind, dieselben zu handhaben, Befehle erteilen, womit die Kontroverse auf die — hier schon verneinte — Frage beschränkt wäre, ob sich die Gesetze ausserdem noch an die Unterthanen wenden.

II. *Binding*, der sich mit unserem Problem vielleicht am eingehendsten beschäftigt hat, weist allerdings jedes Zugeständnis zurück; ihm ist es im Gegensatz zu den Prozessgesetzen und den Gerichten gänzlich undenkbar, dass ein Gesetz vom Richter verletzt werden könnte.[2]) „Ein Richter, der ein gültiges Gesetz vorsätzlich seinem Urteile nicht zu Grunde legt, verletzt nicht das von ihm vernachlässigte Gesetz, bald das wider den Mord, bald das wider den Hochverrat, bald das wider den Betrug, bald das, welches die Pflichten des Käufers regelt, bald ein Verwaltungs-, bald ein Prozess-Gesetz, sondern immer ein und dieselbe Pflicht: seinen Urteilen das geltende Recht zu Grunde zu legen.“ (Normen I, 15.) In dieser Behauptung ist eines richtig, nämlich dass streng genommen Gesetze überhaupt nicht verletzbar sind; es ist eine ungenaue Ausdrucksweise, das Gesetz als den Gegenstand der Verletzung zu nennen. Verletzbar sind nur die in irgendwelchen Normen festgestellten Pflichten. Ob man nun aber die Pflicht des Richters allgemein angiebt, das geltende Recht anzuwenden, oder ob man dieselbe spezialisiert, den Satz n des geltenden Rechtes anzuwenden, das kommt auf das gleiche hinaus; es kann keine Rede davon sein, dass die erste Auffassung richtig, die zweite falsch sein soll. Sehen wir also von der sprachlichen Ungenauigkeit ab, so ist allerdings das Gesetz wider den Mord, so gut wie jeder Gesetzesparagraph, Verletzungen von Seiten dessen, der das Recht handhaben soll, ausgesetzt. Auch *Binding* kann sich dieser natürlichen Auffassung nicht dauernd entziehen. Der Passus, der nachweisen soll, dass man im Strafgesetz durchaus nicht einen Befehl an den Strafrichter suchen darf, schliesst mit dem Satze: „Nicht der Richter als solcher wird durch das geltende Strafgesetz

---

[2]) „Sind es die Strafrichter oder die Strafexekutionsbeamten, denen der Befehl gilt? Jeder wird sich zunächst zum Ja geneigt fühlen: genaueres Zusehen führt zum Nein.“ Normen I, 14. Vgl. zu den folgenden Ausführungen auch das Handbuch Bindings S. 187 ff.

gebunden, sondern durch Anstellung und Amtspflicht wird er in seiner Rechtsprechung an dieses Gesetz gebunden." (Normen I, 16.) Streicht man in den beiden Gliedern der Antithese die gleichlautenden Teile,[3]) so verdeutlicht sich die Gegenüberstellung: Nicht durch das Strafgesetz, sondern durch Anstellung und Amtspflicht wird der Richter an das Strafgesetz gebunden. „An das Gesetz gebunden sein", das heisst doch wohl, den im Gesetz gegebenen Weisungen (Imperativen) Folge leisten sollen! Also ist auch nach *Binding* das Gesetz an den Richter gerichtet. Und dass nicht das Strafgesetz selbst der Grund dieser Bindung ist, hat sich das die Wissenschaft erst sagen lassen müssen?[4])

---

[3]) „Der Richter als solcher" und „der Richter in seiner Rechtsprechung", das ist wohl dasselbe.

[4]) Auch die übrigen Argumente, mit denen Binding die Meinung, das Strafgesetz befehle dem Richter, bekämpft, sind nicht beweiskräftig. Das erste (Normen I S. 14/15) lautet: „Bände wirklich der fragliche Imperativ nur die Richter und Vollstreckungsbehörden, so würden die Strafgesetze thatsächlich unverbindlich, sobald es der Zufall auch nur vorübergehend einmal einrichtete, dass ein Staat ohne Strafrichter oder Exekutionsbeamten existierte; während der im Gesetze enthaltene Volkswille, dass das Verbrechen gestraft und zwar in der angeordneten Weise gestraft werde, in unverändeter Kraft jene richterlose Zeit überdauerte." Binding versucht hier, die von ihm bekämpfte Ansicht durch eine deductio ad impossibile zu entkräften; die Unmöglichkeit, zu der B. uns hinführt, besteht darin, dass die Strafgesetze in der richterlosen Zeit nicht unverbindlich sein können. Die Aristotelische Logik nennt einen derartigen falschen Schluss τὸ μὴ παρὰ τοῦτο συμβαίνειν (= non propter hoc.) Der Volkswille, Verbrechen sollen bestraft werden, bleibt allerdings auch in der richterlosen Zeit in Kraft, aber doch nicht deswegen, weil das Gesetz nicht dem Richter befiehlt. Dieser Volkswille oder Befehl kann eine richterlose Zeit überdauern, auch wenn er an die Richter gerichtet ist, er kann es, weil die Geltung eines abstrakten Befehls nicht dadurch aufgehoben wird, dass sich zufällig einmal niemand findet, der den Befehl ausführt. (Nebenbei gesagt, es ist kein gutes Symptom, wenn man aus solchen Zufällen Beweise schmiedet.)

Noch weniger glücklich ist das nächste Argument Bindings (S. 15): „Auch ist es nicht Sache des Richters, zu strafen. Unparteiisch gestellt über Kläger und Beklagten giebt er die Entscheidung über Berechtigung und Nichtberechtigung der Strafklage und stellt so das Recht zwischen den Parteien fest. Niemand kann Kläger und Richter in derselben Person sein: spricht der Richter dem Kläger das Strafrecht zu, so sagt er damit zugleich, dass er selbst es nicht habe, demgemäss selbst es auch nicht ausüben könne. Strafen und über ein Strafrecht urteilen ist eben zweierlei." Dieser Passus enthält viel eher eine Anerkennung als eine Abweisung des umstrittenen Imperativs. Es ist die Pflicht des Richters, wenn die

Als „trefflich“ bezeichnet *Binding* (l. c. S. 14, N. 26) einen Satz, den *Goeppert* (*Iherings* Jahrb. 22, 110) vorgebracht hat: „Die Rechtsvorschriften sind für uns nicht blosse Streitentscheidungs-Normen, sondern Lebensgesetze.“ Den ersten Teil dieses Ausspruches müsste *Binding* als verfehlt bezeichnen. Wenn die Rechtsvorschriften (zwar nicht durchweg Streitentscheidungs-Normen, aber doch) Entscheidungsnormen sind, — was von *Binding* eingeräumt und von niemandem bezweifelt wird, — so geben sie den Entscheidenden die Richtschnur ihres Verhaltens. Es ist widerspruchsvoll, den Gesetzen den Charakter als Entscheidungsnormen zuzusprechen und zu leugnen, dass die Gesetze den Staatsorganen Weisungen d. h. Befehle erteilen. Inwiefern die Rechtsnormen ausserdem noch Gesetze sind, nach welchen man leben soll, das ist von dieser Abhandlung schon ausgeführt worden; sie sind es nicht ihrer Form, wohl aber ihrem Inhalt nach; sie sind es nicht in ihrer juristischen, wohl aber in ihrer kulturellen Bedeutung. Die Rechtsnormen sind Präzisionen von Kulturnormen, — daher kommt es, dass sie noch mehr sind als blosse Entscheidungsnormen. Das juristische Wesen der Rechtsnormen ist aber restlos in dem Begriff Entscheidungsnorm enthalten.

III. Endlich ist eine Besinnung auf den Zweck der Rechtsnormen geeignet, uns zu bestätigen, dass die Staatsorgane die Adressaten sind.

Warum hat man Rechtsnormen geschaffen, warum bildet man sie immer weiter auf das minutiöseste aus? Warum bemühen sich Theorie und Praxis unaufhörlich, den Willen des Gesetzes zu erforschen? Doch nicht etwa, um den Unterthanen zu sagen, welche Rechte und Pflichten ihnen zustehen! Die Antwort hat vielmehr zu lauten: Die Rechtsnormen sind ein Mittel, die Willkür der Staats-Organe und hiermit die Allgewalt des Staates zu beschränken.[5]) Weil ein leiden-

---

Voraussetzungen vorliegen, dem Kläger das Strafrecht zuzusprechen d. h. der Richter soll, wenn das Gesetz es befiehlt, den Angeklagten verurteilen. B. weist nur nach, dass der Imperativ nicht in die Formel, der Richter solle strafen, gefasst werden darf, weil der Richterspruch nicht Bestrafung sei. Auch diese Behauptung kann aber nicht gut geheissen werden. Zweifellos straft der Staat; da aber der Staat nur durch Organe thätig werden kann, und da die Strafe durch diejenige Thätigkeit, die wir Verurteilung nennen, verhängt wird, ist es allerdings Sache des Richters zu strafen. Eine juristische Kontroverse hierüber ist ausgeschlossen, der Streit um Worte bleibt möglich.

[5]) Der Gedanke kehrt bei Ihering häufig wieder; man lese etwa im Geist des römischen Rechts II, 1 S. 21: „Wodurch können wir den Richter verhindern

schaftsloser, unpersönlicher Wille über Freiheit und Vermögen der Bürger richten soll, deswegen stellt man Gesetze und Interpretationen auf. Das ist der durch häufige Wiederholungen schon verblasste Gedanke, von dem auch wir in dieser Studie ausgegangen sind. Mit ihm steht im Einklang die Ansicht, dass der Gesetzgeber in seinen Normen dem Richter Befehle erteilt;[6]) mit diesem Gedanken steht in Widerspruch die landläufige Auffassung, nach welcher die Rechtsnormen dem Volke Befehle erteilen. Das Gesetz befiehlt, um von den möglichen Entscheidungen alle bis auf eine auszuschliessen, — und zweitens: es befiehlt denen, über deren Schicksal entschieden werden soll, — das sind zwei Behauptungen, von denen eine der andern weichen muss. Der Zweck der Rechtsnormen belehrt uns somit über das Wesen derselben dahin: Für das Volk, an den Richter!

---

sich bei seinem Urteil durch andere Rücksichten leiten zu lassen als die des Rechts? Völlig verhindern lässt es sich allerdings nicht, ebensowenig wie der Eingriff der Staatsgewalt in die Rechtspflege, aber es lässt sich wenigstens erheblich erschweren, die Willkür kann auch hier wiederum mit Einrichtungen umstellt und eingeengt werden, die ihr den Weg verlegen und sie nötigen, wenn sie sich dennoch hervorwagen will, dieselben zu durchbrechen, d. h. sich als das kund zu geben, was sie ist. Diese Einrichtungen bestehen in zweierlei: in der gesetzlichen Fixierung des prozessualischen Verfahrens und der des materiellen Rechts. Jene zwingt den Richter, Licht und Schatten im Kampf zwischen beiden Parteien in gleicher Weise zu verteilen, die Aufzeichnung des materiellen Rechts aber entrückt dasselbe der Sphäre und dem Einfluss des subjektiven Meinens und Fühlens, der subjektiven Innerlichkeit des blossen Rechtsgefühls, welche der bequemste Schlupfwinkel der Parteilichkeit ist, und eröffnet, indem es denselben objektives Dasein und äussere Erkennbarkeit gewährt, damit zugleich die Möglichkeit einer Kontrolle des Richters."

[6]) Durch die Befehle an die Organe bindet der Staat sich selbst, denn er kann nicht anders als durch Organe thätig werden. Mit gutem Grund hat namentlich Jellinek ausgeführt, dass ohne diese Selbstbindung das öffentliche Recht unmöglich wäre; das gleiche gilt aber auch vom Privatrecht.

Die Einwände, die neuerdings Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit I (1903) S. 186 ff. gegen die „Selbstbindungstheorie" vorgebracht hat, verlieren ihre Kraft, wenn man beachtet, dass der Staat in den Rechtssätzen nur seinen Organen befiehlt. Im übrigen möchte ich nicht in den geschlossenen Gedankenkreis Hold's v. Ferneck eindringen, weil eine fruchtbare Kritik seiner tief begründeten Lehren zu sehr aus dem Rahmen dieser Abhandlung herausfallen würde. An dieser Stelle wäre namentlich auszuführen, dass es unsern Erkenntnissen hinderlich ist, die Pflicht als Zwang zu erklären.

Es wäre einseitig und somit unrichtig, den Rechtsnormen nur den angegebenen Zweck zuzuerkennen. Denn der Gesetzgeber, gleichviel ob es der Monarch, eine Volksversammlung oder ein Parlament ist, handelt sicherlich nicht nur im Interesse der Unterthanen, das für ihn mehr oder weniger ein fremdes Interesse ist, er nimmt auch sein eignes Interesse wahr. Sein Interesse besteht darin, seinen Willen durchzusetzen. So lange nun ein Gesetzgeber alle Rechtsfälle in Person entscheiden und somit seinen Willen unmittelbar durchsetzen kann, ist die Kundmachung seines Willens für ihn entbehrlich. Die Ausdehnung der Rechtsgebiete und das Anschwellen der Masse der Rechtssachen, vielleicht auch politische Postulate, haben längst die gesetzgebende von der richterlichen Gewalt getrennt. Die gesetzgebende Gewalt oder besser die Staatsgewalt kann daher ihren Willen nur mittelbar durchsetzen; sie erreicht es, indem sie denjenigen, die wie in ihrem Namen so in ihrem Sinne Recht sprechen sollen, abstrakte Instruktionen erteilt, — wodurch sie überhaupt erst zur gesetzgebenden Gewalt im strengen Sinne wird. Wie häufig dieser Grundcharakter der Rechtsnormen in der Rechtsgeschichte hervorgetreten ist, dem möge ein andrer nachgehen; aber auch wenn die Rechtsgeschichte kein einziges Beispiel böte, — sie bietet viele, — es bliebe doch wahr, dass die Rechtsnormen für den Gesetzgeber ein Mittel sind, seinen Willen durchzusetzen. Es liegt im Wesen des Gesetzes, Mittel zu diesem Zweck zu sein. Und somit ergiebt sich wiederum, dass das Gesetz die Beamten unterweist, nach welchen Grundsätzen sie Recht sprechen sollen.

Viertes Kapitel.

Die externe Wirkung der Rechtsnormen.

I. „Das Kriterium einer Rechtsnorm besteht nicht in ihrer externen Wirksamkeit nach Seiten des Volks, sondern in ihrer internen nach Seiten der staatlichen Behörde, jene Wirksamkeit bleibt hinter dieser weit zurück, und wir werden daher, wenn wir den Begriff der Rechtsnorm juristisch korrekt wiedergeben wollen, nicht irre greifen, indem wir dieselbe nach Seiten ihrer Form dahin definieren: sie enthält einen abstrakten Imperativ an die Organe der Staatsgewalt, und die externe Wirkung, das ist die Befolgung derselben von Seiten des Volks, soweit dazu Anlass geboten ist, muss von diesem rein formal-juristischen Gesichtspunkt (nicht vom teleologischen) jener primären gegenüber lediglich als secundäre bezeichnet werden. Alle gesetzlichen Imperative ohne Ausnahme sind in erster Linie an die Behörde gerichtet: das ganze Civilgesetzbuch, das Strafgesetzbuch, alle Finanz-, Polizei-, Militär- u. s. w. Gesetze und Verordnungen, es sind lauter Regulative für die Handhabung der staatlichen Zwangsgewalt. Aber soweit letztere aktiv der Privatperson für ihre Interessen zur Verwendung gestellt ist (Privatklage) oder passiv auf Grund eines solchen Antrages oder ohne denselben gegen sie in Vollzug gesetzt werden kann, erstrecken sie ihre Wirksamkeit auch auf diese: sie berechtigen sie, und verpflichten oder binden sie. Mit Rücksicht auf den Zweck derartiger Normen mag man sagen, dass sie sich der Privatperson zukehren; die obige Behauptung, dass sie ihrer Form nach lediglich an die Organe der Staats-

gewalt ergehen, wird dadurch nicht alteriert." (*v. Ihering*, der Zweck im Recht I, 337/338.)

Gegen *Ihering* wendet sich *Merkel:*[1]) „Man hat angenommen, dass die Rechtsnormen ihrer juristischen Form nach lediglich an die Organe der Staatsgewalt ergingen. Hiernach würde die Norm, welche den Darlehnsempfänger verpflichtet, das Empfangene zurückzuerstatten, und würden überhaupt die primären Gebote, sowie sie sich an die Einzelnen wenden, Rechtsnormen an sich nicht sein; nur die Anweisung an die Organe der Staatsgewalt, im Falle des Ungehorsams nötigend einzugreifen, würde die kennzeichnende Form der Rechtsvorschriften haben. Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizutreten. Sie macht das Secundäre, das blosse Bekräftigungsmittel zur Hauptsache. Jene Anweisung an die Organe der Staatsgewalt soll nur wirksam werden, sofern die Verletzung einer Rechtsvorschrift bereits vorliegt, daher wir das primäre Gebot, um dessen Verletzung es sich handelt, wohl als eine solche Vorschrift gelten lassen müssen. Pflichten und Befugnisse der Staatsangehörigen gehen direct aus den primären Vorschriften hervor und sollen unmittelbar aus denselben entnommen werden können. Auch ist es zweifellos die Intention des Rechts, diejenigen, deren Pflichten es normiert, direkt zur Erfüllung derselben zu bestimmen. Folglich ist es eine ihm wesentliche Form, sich an diese Personen zu wenden. Wer Befehle ergehen lässt, der spricht zu denjenigen, welche diese Befehle vollziehen sollen, und wer erlaubt, ermächtigt, gewährleistet, zu denjenigen, um deren Freiheit und Willenbethätigung es sich handelt. Dem Recht gegenüber aber sind alle in dieser Lage, denn jedem liegt es ob, Befehle des Rechts zu befolgen, und jeder hat teil an der Freiheit, welche das Recht gewährleistet. Daher existiert niemand, zu dem das Recht seiner Intention nach nicht spräche."

Die Behauptungen *Iherings* und die Einwände *Merkels* stehen sich nicht so feindlich gegenüber, als man auf den ersten Blick zu glauben geneigt ist. Beide nämlich erkennen zwei Wirkungen der Rechtsätze an, die interne, durch welche die Staatsorgane, und die

---

[1]) Elemente der allgemeinen Rechtslehre § 6; dieselben sind zu finden in v. Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtswissenschaft, systematischer Teil, 5. Auflage 1889, (leider nicht mehr in der jetzt erscheinenden 6. Auflage,) und in Merkels Gesammelten Abhandlungen (1899) II, 577 ff; das Citat des Textes ebenda Seite 586.

externe, durch die das Volk ergriffen wird. Beide stimmen auch darin überein, dass vom soziologischen Standpunkte aus, — (*Ihering* schreibt wohl nicht ganz zutreffend, „vom teleologischen Standpunkt aus“) — die externe Wirkung bedeutsamer ist als die interne. Der Punkt, an welchen die Ansichten auseinander gehen, wird erst erreicht mit der Frage: Ist für die formaljuristische Betrachtung die externe Wirkung der Rechtssätze die primäre *(Merkel)* oder die sekundäre *(Ihering)?* Es wird sich erweisen, dass wir zwei Arten von externer Wirkung unterscheiden müssen, von denen die eine für die juristische Betrachtung sekundär, die andere primär ist. Zunächst aber darf die Rangstreitigkeit zwischen der internen und externen Wirkung ungelöst bleiben, zunächst ist lediglich dies von Bedeutung: festzustellen, dass die Gesetze nicht bloss intern, sondern auch nach Seiten des Volks hin wirken.

Die Feststellung als solche bedarf keiner Erläuterung; wenn noch ein Beweis, dass die externe Wirkung der Rechtssätze vorhanden ist, nötig wäre, Begriffe, wie Rechtsverletzung, Rechtspflicht, Rechtsgeschäft, Rechtsgut und andre mehr würden den Beweis liefern. Es besteht nun aber die weitere Aufgabe auszuführen, in welchen Erscheinungen sich diese externe Wirkung bekundet. Diese Studie sieht sich umsomehr veranlasst, diese Aufgabe hier in Angriff zu nehmen, weil sie bisher den Anschein erweckt hat, als ob sie der externen Wirksamkeit der Gesetze nicht gerecht werden wollte.

Wir sprechen von einer Wirkung des Gesetzes, wir denken dasselbe also als Ursache. Wenn wir uns aber vergegenwärtigen, dass die Gesetze Willenserklärungen sind, können wir statt von ihrer Wirkung von ihrem Zweck reden und demgemäss die Gesetze statt als Ursachen als Mittel denken.[2]) Wir können daher unsere Aufgabe auch in die Frage kleiden: Welches sind die Zwecke, die der Staat durch das Mittel des Gesetzes im Volk erreichen will? Oder: Welche Zwecke hat das Gesetz in seinem Verhältnis zu den Unterthanen?

Diese Fragestellung führe ich an, um darauf hinzuweisen, dass die Antwort schon im vorigen Kapitel gegeben worden ist, wenn auch noch nicht expressis verbis. Wir haben zur Begründung, dass sich die Gesetze an die Staatsorgane wenden, auf zwei Zwecke der-

---

[2]) Vgl. Stammler, Richtiges Recht S. 182.

selben hingewiesen, auf zwei unbestrittene Zwecke: Die Rechtsnormen sind für den Gesetzgeber ein Mittel, seinen Willen durchzusetzen, (S. 36) — und sie sind zweitens ein Mittel, die Allgewalt des Staates und die Willkür seiner Organe zu beschränken (S. 34). Welche Bedeutung kommt diesen Zwecken im Verhältnis zwischen Gesetz und Volk zu? So müssen wir fragen, denn es ist ausgeschlossen, dass das Gesetz dem Volke gegenüber etwas anderes will als im Verhältnis zu den Staatsorganen; es bleibt nur die eine Möglichkeit, dass der einheitliche Wille sich nach den beiden Seiten hin in verschiedenen, aber einander entsprechenden Wirksamkeiten äussert. Und zwar werden wir zu folgendem Ergebnis gelangen: dem Bestreben des Gesetzgebers, mittels der Rechtssätze seinen Willen durchzusetzen, entspricht nach aussen hin die normierende Funktion der Gesetze (Ziff. II); der Absicht des Gesetzgebers, mittels der Rechtssätze die Allgewalt des Staates zu beschränken, entspricht nach aussen hin die garantierende Funktion der Gesetze (Ziff. III).

II. Die Gesetze sind ihrer Form nach abstrakte Imperative (Normen) und sind als solche an die Staatsorgane gerichtet. An dieser Einsicht rütteln wir nicht im geringsten. Es ist also ausgeschlossen zu behaupten, dass die Gesetze in ihrer Form oder als abstrakte Imperative auf das Verhalten der Bürger einwirken. Es bleibt logisch nur die Möglichkeit, dass die Gesetze ihrem Gehalt nach und dass sie sich umgeformt, nämlich als konkrete Imperative dem Volke zukehren. Beides ist der Fall. Wir werden sehen, dass sich die externe normierende Funktion der Rechtssätze auf zwei Arten vollzieht. (Ziff. 1 und 2.)[3]

1. Inwiefern sich die Rechtssätze ihrem Inhalt nach an das Volk wenden, das ist zum Teil schon ausgeführt worden. Die Gesetze haben, wenn sie vom Soziologen oder Rechtsphilosophen betrachtet werden, mehr Eigenschaften, als wie wenn sie vom Juristen analysiert werden. Die rein juristische Betrachtung findet im Gesetz bloss abstrakte, an die Staatsorgane gerichtete Befehle; die allgemeine Betrachtung, der es darauf ankommt, die Beziehungen der

---

[3]) Vgl. hierzu und zum folgenden Jellineck, Allgemeine Staatslehre (1900) S. 302 ff., besonders: „Rechtsnormen sind nicht sowohl Zwangs- als vielmehr garantierte Normen.“ (S. 306.)

Rechtsnormen zu verwandten Erscheinungen zu prüfen, konstatiert, dass die Rechtsnormen ein Niederschlag der Kulturnormen sind. Die externe normierende Wirkung der Gesetze beruht also nicht auf der juristischen Natur des Rechtssatzes, sondern darauf, dass die Rechtsnormen mit den Kulturnormen übereinstimmen, sie beruht auf dieser Verwandtschaft des Rechtssatzes. Der mächtige Einfluss, den die Kulturnormen auf das Verhalten des Volkes haben, kommt der Rechtssatzung zu gute; sie wird von den einflussreichen Verwandten protegiert, — und zwar im ganzen mit vollem Erfolg. Denn es ist die Ausnahme, dass das Gesetz übertreten wird, — es ist die Regel, dass es von den Bürgern befolgt wird. In der Befolgung des Gesetzes liegt der Erfolg der Protektion, die dem Rechtssatz von Seiten der Kulturnormen gewährt wird, in der Befolgung äussert sich die externe normierende Funktion des Rechtssatzes. Wir müssen diese Erscheinung analysieren, um das bisherige Ergebnis zu ergänzen.

Zunächst dürfen wir nicht verkennen, dass nach den in dieser Studie vertretenen Lehren nur einer das Gesetz befolgen oder übertreten kann: der Richter. Die allgemein übliche Ausdrucksweise, der Bürger befolgt das Gesetz, ist juristisch unkorrekt, Darin liegt jedoch nicht im geringsten ein Grund, ihr überhaupt die Berechtigung abzusprechen. Der Ausdruck ist für jede über die Jurisprudenz hinausgreifende Betrachtung durchaus zweckentsprechend. Der Bürger folgt allerdings nicht demjenigen Befehl, der für das Gesetz charakteristisch ist, im Gegenteil, wenn er im Einklang mit einem Strafrechtssatz handelt, so ist er — gleichviel, welche Adresse man diesen Rechtssätzen zuerkennen will — ein Verbrecher. Das Verhalten des Bürgers, welches der strafrechtlichen Gesetzesvorschrift entspricht, steht im Widerspruch mit dem Recht. Diese Einsicht ist durch *Bindings* Normentheorie zum Gemeingut gemacht worden. Erst wenn wir von der Form des Gesetzes gänzlich absehen, erschliesst sich der Sinn des allgemein üblichen Ausdrucks: Der Bürger befolgt das Gesetz, d. h. er kommt den Kulturforderungen nach, um deren Willen das Gesetz vorhanden ist; oder m. a. W. er verhält sich in einer den gesetzlich geschützten Interessen entsprechenden Weise. Der Bürger folgt also nicht dem Rechtssatz, sondern dem Recht, dieser Kulturmacht. Wer dem Recht folgt, der lässt es nicht soweit kommen, dass das

Gesetz als Entscheidungsnorm in Aktion tritt, er vermeidet es also, dem Gesetz einen Anlass zu geben, seine ihm eigentümliche Wirksamkeit zu entfalten. Der Fall, für den das Gesetz gegeben ist, tritt nicht ein, solange dem Recht gefolgt wird. Diesen Vorgang meinen wir, wenn wir im hergebrachten Sinne von der Befolgung der Rechtssätze sprechen.

Sicherlich verdanken wir nun die Befolgung der Gesetze oder — was dasselbe heisst — die Erhaltung des rechtlichen Zustandes auch den Gesetzen. Die Bedeutung dieser Wirksamkeit bedarf keiner Schilderung; über die Art derselben müssen wir uns aber Rechenschaft geben. Wir fragen daher: Mit welchen Mitteln erreicht es das Gesetz, zur Wahrung des rechtmässigen Zustandes beizutragen?

Die Verdienste, die das Gesetz in dieser Hinsicht hat, gründen sich zum grössten Teil auf eine weise Mässigkeit. Das Gesetz oder der Gesetzgeber verfährt — leider nicht ausnahmslos — nach der Klugheitsregel, ubi nihil vales, ibi nihil velis. Es würde seine Kraft übersteigen, Gesetze durchzuführen, deren einzige Garantie die Macht des Staates ist, — kulturfeindliche Gesetze zwingen den Staat, seine Ohnmacht einzugestehen; nur solche Gesetze, die mit den Forderungen der Kultur übereinstimmen, werden geachtet. Auf die Frage, warum befolgt der Bürger die Gesetze, sind nämlich folgende drei Antworten zu geben:

Die Gesetze werden in weitaus der grossen Mehrzahl der Fälle befolgt, weil die Bürger keinen Grund haben, etwas Unrechtes zu thun, weil es ihrem ureigensten Interesse entspricht, sich sozial zu verhalten. Der Egoismus des Individuums garantiert die Wahrung der Rechsordnung.

Die Gesetze werden häufig befolgt, weil die Nichtbefolgung wider Kulturnormen, namentlich wider Sitte und Sittlichkeit wäre. Die Kulturnormen garantieren die Wahrung der Rechtsordnung.

Die Gesetze werden — vermutlich in sehr seltenen Fällen — befolgt, weil die Bürger die Gesetze kennen und die Nachteile, die für gesetzwidrige Thaten angedroht sind, fürchten. Die Zwangsgewalt des Staates garantiert die Wahrung der Rechtsordnung.

Zu dem für uns feststehenden Ergebnis, dass sich die externe normierende Funktion der Rechtssätze aus ihrer Uebereinstimmung mit den Kulturnormen erklärt, fügen diese drei Antworten zwei

weitere Resultate, von denen jedoch das eine unselbständige, das andere unerhebliche Bedeutung hat. Auch daraus dass sich die Forderungen, die in den Gesetzen liegen, in weitem Umfang mit den individuellen Interessen (mit dem materiellen und ideellen Selbsterhaltungstrieb des Bürgers) decken, auch hieraus erklärt es sich, dass sie Richtschnur sind für das Verhalten des Volks. Ich glaube kaum, dass wir hiermit ein neues selbständiges Ergebnis zu Tage fördern; die Kulturnormen sind nämlich Forderungen, die aus den sozialen Interessen entspringen, und die sozialen Interessen sind das Produkt aus mancherlei variablen Faktoren, zu denen als konstanter Faktor die gleichartigen Interessen vieler Individuen treten. Daher decken sich im allgemeinen die Forderungen des Egoismus und die der Kultur; das Interesse, sich antisozial zu verhalten, ist eine Ausnahmeerscheinung. Im Grunde ist es also überflüssig, neben der Uebereinstimmung von Rechts- und Kulturnormen noch die zwischen den Rechtssätzen und den Interessen des Inviduums hervorzuheben, — wenigstens für unsere Untersuchung ist es überflüssig. Für dieselbe ist es nur wesentlich, die angegebene Kongruenz als die Wurzel der externen Wirksamkeit des Gesetzes bloss zu legen.

Man wird nun geneigt sein, die Verdienste, die die Rechtsordnung in dieser Hinsicht hat, niedrig einzuschätzen; denn das Gesetz setzt sich ja nach den bisherigen Feststellungen nicht aus eigener Kraft durch, sondern mit der Kraft, die es von der Macht der sozialen Interessen erborgt. Es ist aber wohl zutreffender, diese externe Wirksamkeit des Gesetzes nicht auf erborgte Kraft, sondern auf Kraftersparnis zurückzuführen: Das Gesetz vermeidet zwecklose Reibungen, es hütet sich, weil es die Grenzen seiner Kraft kennt, vor Konflikten, denen es nicht gewachsen ist. Diese Klugheit ist Kraftersparnis und folglich Kraftsteigerung — und deshalb soll man diese Leistungen des Gesetzes hoch einschätzen.

Trotzdem bleibt es wahr, dass die ureigene Kraft des Gesetzes extern sich erst in den Fällen bewährt, in denen das Gesetz befolgt wird, weil es Gesetz, weil es die Willenserklärung des mächtigen Staates ist. Von dieser Wirksamkeit des Gesetzes möchte ich allerdings nicht hoch denken. Denn die Gesetze sind — wie schon an anderer Stelle erwähnt worden ist — im grossen ganzen nur solchen bekannt, die mehr mit ihrer Geschicklichkeit, das Gesetz zu umgehen und unentdeckt zu bleiben, als mit der Möglichkeit, vom Staate zur

Rechenschaft gezogen zu werden, rechnen. Insonderheit scheint mir die generalprävenierende Kraft der Strafgesetze[4]) wenig zuverlässig zu sein, und keinenfalls kann man sich bei der Aufstellung von Strafdrohungen von dem Prinzip leiten lassen, möglichst der Generalprävention zu dienen, — man kann es schon deswegen nicht, weil diese Wirksamkeit des Gesetzes sich jeder Kontrolle entzieht.

Die wertvolle, ausgiebige externe Wirksamkeit der Rechtssätze, die man der eigenen Kraft des Gesetzes zuschreiben muss, tritt dagegen in die Erscheinung, wenn das Gesetz nicht befolgt worden ist, wenn die Gerichte in die Lage kommen, es anzuwenden. Der Spruch des Richters und seine Folgen beeinflussen (normieren) das Verhalten des Volks. Davon soll gleich (unter Ziff. 2) die Rede sein.

Vorher müssen wir nur noch im Hinblick auf die citierten Aeusserungen von *Ihering* und *Merkel* konstatieren, dass die auf der Uebereinstimmung mit den Kulturnormen beruhende externe Wirksamkeit der Gesetze vom formaljuristischen Standpunkt aus in der That sekundär ist; denn um diese Funktion der Gesetze kennen zu lernen, mussten wir von ihrer Form, also von ihrer juristischen Natur absehen. Die Behauptung *Iherings*, dass für die formaljuristische Betrachtung die externe Wirkung der Rechtssätze sekundär ist, trifft also zu für eine Art dieser Wirksamkeit und ist von *Ihering* auch nur auf diese Wirkungsart bezogen worden. *Merkels* Ausführungen treffen dagegen insoweit zu, als eine andere, nämlich die garantierende Funktion der Rechtssätze in Frage steht. (Vergl. unter III.) Zwischen beiden Wirkungsarten steht eine dritte, die juristisch und soziologisch gleichviel bedeutet, nämlich diejenige besondere Ausgestaltung der externen normierenden Funktion der Rechtssätze, zu der wir uns nunmehr wenden, die normierende Kraft der Rechtspflege.

2. Nur wenn das Gesetz angewendet wird, tritt sein Charakter in die Erscheinung; im Prozess äussert sich die ihm eigentümliche Wirkung, denn in dieser Situtation normiert es die richterliche Entscheidung. Im Richterspruche verwirklicht sich der Rechtssatz. Das Leben der Rechtssätze erschöpft sich also nicht darin, in der Form, die ihnen der Gesetzgeber gegeben hat, zu beharren, vielmehr entfaltet sich ihre ganze Lebenskraft erst, wenn

[4]) Die generalprävenierende Kraft der Strafgesetze darf nicht mit der des Strafurteils verwechselt werden; letztere ist grösser als erstere. (Vergl. unter 2, b)

sich ihre ursprüngliche Form in die der konkreten Entscheidung verwandelt. Denn solang der Rechtssatz nicht anders als in seiner abstrakten Form existiert, beschränkt sich sein Leben darauf, zu gelten; sobald der Rechtssatz aber vom Richter in eine konkrete, einen Rechtsfall entscheidende Form übergeführt wird, erfüllt er die Leistung, um derenwillen er überhaupt geschaffen worden ist, er verwirklicht sich.

Wir fassen also den Richterspruch auf als die Verwirklichung des Rechtssatzes, und zwar jede richterliche Entscheidung mag man sie Urteil, Beschluss oder Verüfgung nennen. Und wir sprechen nur der Einfachheit halber von den richterlichen Entscheidungen; was wir von ihnen aussagen, gilt in entsprechender Weise von jeder konkreten Entscheidung, die Staatsorgane in Befolgung von Rechtsnormen fällen, jede derartige Entscheidung verwirklicht Rechtssätze (wohl immer mehr als nur einen).

Der verwirklichte Rechtssatz hat aber eine andere Natur als seine ursprüngliche Form. Aus dem abstrakten Imperativ, der an die Adresse des Richters gerichtet ist, wird jedesmal, wenn der Richter dieser Weisung Folge geleistet hat, ein konkreter Imperativ, der sich an die Parteien, deren Rechtsfall entschieden worden ist, wendet. Der verwirklichte Rechtssatz, d. i. die gesetzesgemässe Entscheidung der Staatsorgane, ist ein konkreter an Unterthanen gerichteter Befehl.[5]) Das Strafurteil befiehlt dem

[5]) Die Lehre, dass die Entscheidung (das Urteil insbesondere) Verwirklichung des Rechtssatzes ist, (Wach: „konkretisierter Gesetzeswille)", findet sich in ein oder der andern Form allenthalben. Dagegen ist die weitere Behauptung des Textes, dass diese Verwirklichungen der Gesetze Befehle sind, lebhaft umstritten. Ihr ist namentlich wiederholt entgegengetreten A. S. Schultze, besonders in seinem Werk, Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung (1883), welches überhaupt die Beziehungen zwischen Rechtsproduktions- und Rechtsanwendungsverfahren in grundlegender Weise erörtert. Auf der andern Seite ist als Vertreter der sog. Befehlstheorie vor allem Laband (Staatsrecht III, 352 ff.) zu nennen. Diese ganze Kontroverse, die ich hier nur streifen kann, entscheidet sich mit weit grösserer Sicherheit im Sinne der Befehlstheorie, wenn man es ablehnt, den Rechtssatz als einen Befehl an das Volk anzusehen. Denn wenn schon das Gesetz den Befehl erteilt hat, bleibt dem Richter in der That nur die Aufgabe, festzustellen (autoritativ zu deklarieren), dass der Befehl des Gesetzes auf den gegebenen Fall anwendbar ist. Die Lehre Schultzes ist das konsequente Ergebnis der hier bekämpften Auffassung des Gesetzes. Mit vollem Recht hat neuerdings Kisch in seinen Beiträgen zur Urteilslehre S.26 (vgl. auch S. 230 der Strassburger Festschrift



Verurteilten, die festgesetzte Strafe auf sich zu nehmen; es erteilt ihm diesen Befehl auf Grund der Rechtsordnung, oder m. a. W. der Befehl ergeht an den Verurteilten, weil der Richter seine Pflicht, die abstrakten Imperative des Gesetzes zu befolgen, erfüllt hat. — Man kann also jedes Gesetz auffassen als einen abstrakten Befehl an den Richter, den konkreten Befehl an die Unterthanen ergehen zu lassen, sobald der Fall, für welchen der abstrakte Imperativ gesetzt ist, eingetreten ist. — Der im Strafurteil liegende Befehl löst dann weiterhin andere Befehle an den Verurteilten aus, so namentlich diejenigen der Strafvollstreckungsbeamten, die ihre Befehle in Befolgung der für die Strafvollstreckung gegebenen Rechtsnormen erteilen.

Ein weiteres Charakteristikum des verwirklichten Rechtssatzes ist die Erzwingbarkeit. Der konkrete Befehl wird nicht nur ausgesprochen, er wird, falls ihn der Unterthan nicht freiwillig befolgt, zwangsweise durchgeführt. Auch die Zwangsanwendung des Staates ist durch Rechtssätze normiert.[6]) Der Staat giebt seinen Organen Weisungen auch darüber, mit welchen Mitteln und in welchen Formen die zwangsweise Durchführung des konkreten Befehls sich vollziehen soll. Die Zwangsgewalt des Staates ist also in jeder Hinsicht an gesetzliche Schranken gebunden; sie geht nicht weiter als sie gehen will. Sie ist ferner faktisch beschränkt, sie geht nicht weiter als sie gehen kann.[7]) Der Staat lässt durch seine Organe auch Befehle aussprechen, deren zwangsweise Durchführung unmöglich ist; der Zahlungsbefehl, der an den insolventen Schuldner ergeht, kann nicht vollstreckt werden. Wenn man nun im Hinblick auf die rechtlichen und faktischen Grenzen der Zwangsgewalt die Erzwingbarkeit als ein Accidentale der Entscheidungen der Staatsorgane bezeichnen will, so ist das logisch richtig; unsern Erkenntnissen ist es aber förder-

---

für A. S. Schultze, 1903) ausgeführt, dass sich nach der Befehlstheorie eine „durch nichts gerechtfertigte Häufung von Imperativen“ ergiebt, — nämlich wenn das Gesetz dem Volke befiehlt. Gerade diese Voraussetzung ist aber unhaltbar!

[6]) Die Rechtsnormen, die lediglich die Art der Zwangsanwendung regeln, — also in gewissem Sinn Ausführungsbestimmungen sind, — wirken nur intern normierend. (Vgl. oben S. 28). Ihre externe Wirkung besteht lediglich darin, dass sie Garantien sind. (Vgl. unter III.)

[7]) Vgl. Binding, Normen I, 481 ff „Der Rechtszwang nach Wesen, Arten und Grenzen.“

licher, die Erzwingbarkeit des konkreten Befehls als die Regelerscheinung zu bezeichnen.

Die Rechtssätze wirken dadurch, dass sie sich in den Entscheidungen der Staatsorgane verwirklichen, nach Seiten des Volks hin normierend; — das ist die Behauptung, auf die wir zugesteuert sind und die wir nunmehr nur noch kurz zu betrachten haben.

a. Auf den ersten Blick zeigt es sich, dass diese Entscheidungen das Verhalten desjenigen, dem sie gelten, normieren, gleichviel ob derselbe freiwillig oder gezwungen dem Befehle folgt. In den einzelnen Fällen giebt der Befehl der Staatsorgane aber in durchaus verschiedenem Sinne dem Verhalten des Adressaten Mass und Ziel.

Wir können in dieser Beziehung drei typische Wirkungsarten des konkreten Befehls unterscheiden. Derselbe ergeht, entweder weil sich der Bürger rechtsnormwidrig verhalten hat, oder aus andern Gründen, d. h. ohne durch normwidriges Verhalten des Adressaten veranlasst zu sein. Im ersteren Fall kann sich der Befehl wiederum auf reparables oder auf irreparables Verhalten des Bürgers gründen.

Auf normwidriges reparables Verhalten hin ergehen Befehle des Inhalts, nunmehr zu thun, was vordem unterlassen wurde, oder nunmehr zu unterlassen, was vordem gethan wurde. Das ist der Typus der civilrechtlichen Entscheidung; sie wirkt normierend, indem sie den Adressaten auffordert und unter Umständen zwingt, das normgemässe (soziale) Verhalten an die Stelle des antisozialen zu setzen.

Auf irreparables normwidriges Verhalten hin ergeht ein Strafurteil. Da die vernachlässigten Pflichten nicht mehr erfüllt werden können, wirkt es (mitsamt seinen Folgen) nur insofern normierend, als es den Bestraften bestimmt, künftighin Pflichtverletzungen zu vermeiden. Hiermit ist auch schon darauf hingewiesen, dass die normierende Kraft des Strafurteils häufig versagt, dass die Bestrafung also häufig eines ihrer wesentlichen Ziele nicht erreicht. Jeder Rückfall beweist es.

Endlich erteilen die Staatsorgane dem Bürger Befehle, ohne dass derselbe durch normwidriges Verhalten dazu Anlass gegeben hat. Der Grund des Befehls liegt darin, dass der Staat, um seine Aufgaben zu erfüllen, den Bürger zu bestimmten Leistungen heranziehen muss; (so z. B. der Befehl Steuern zu zahlen, der Militärpflicht zu genügen.) Das ist der Typus des verwaltungsrechtlichen Befehls,

dem aber auch die Befehle der Justizorgane, durch welche für die Durchführung der Rechtspflege gesorgt wird, beizufügen sind, also z. B. der Befehl Zeugnis abzulegen. Auch diese Befehle ergehen in Befolgung von Rechtsnormen; trotzdem aber haben sie eine ganz andere Bedeutung als die vorher erwähnten beiden Kategorien, denn sie dienen nicht wie diese allgemeinen kulturellen Interessen, sondern den besonderen Interessen, die der Staat als Verwaltungskörper hat, — worin für unsere Untersuchung ein Grund liegt, dieser letzten Gruppe keine weitere Aufmerksamkeit zu schenken. (Vgl. jedoch Kap. 5 des 2. Teils.)

b. Der Einfluss, den die Entscheidungen der Staatsorgane haben, ist nun keineswegs auf die Adressaten beschränkt. Das Schicksal des Angeklagten oder das der Parteien wird von vielen mit Interesse verfolgt. Das Interesse gilt der Person, in weitem Umfang aber auch der Sache, die entschieden wird. Und zu den vielen, die den Ausgang des Civil- oder Strafprozesses mit Spannung erwarten, kommt die grosse Zahl der Interessenten, die unvermutet, durch die Presse oder durch Erzählungen, das Erkenntnis kennen lernen. Sie alle erhalten dadurch Kunde, wie der Staat über einen Fall, der ihr Fall ist oder werden kann, denkt; sie merken sich die Entscheidung des Gerichts und werden sich danach richten. Somit erstreckt sich die normierende Wirkung des Richterspruchs auf weite Kreise des Volks.

Ich darf hier die Worte sparen, denn es ist schon oben (S. 22 ff.) zur Sprache gekommen, dass die Rechtspflege die kulturelle Tradition beeinflusst und in die Bahnen des geltenden Rechtes leitet.

Die externe Wirksamkeit, die wir hier geschildert haben, ist direkt an die richterliche Entscheidung geknüpft; trotzdem haben wir sie mit gutem Grunde als eine Leistung der Rechtsnormen aufgefasst, da ja die Entscheidung nichts anderes ist als die Verwirklichung des Rechtssatzes. Der Richterspruch formt den Rechtssatz um, er konkretisiert ihn; in dieser stets durch das Beispiel des entschiedenen Falls illustrierten Gestalt ist der Rechtssatz der grossen Menge zugänglich, in dieser Form ist der Rechtssatz volkstümlich und daher tauglich, vielen als Richtschnur zu dienen. So ist der Richterspruch der einzige Akt, durch welchen der abstrakte Rechtssatz offiziell mit dem Volke in Berührung tritt.

Die Frage, welchen Zweck hat das Gesetz in seinem Verhältnis

zum Volk, ist nunmehr zum einen Teil beantwortet, und zwar dahin: Das Gesetz hat auch dem Volke gegenüber den Zweck sich durchzusetzen; es erreicht sein Ziel dadurch, dass es von dem Inhalt der Kulturnormen nicht abweicht, und dadurch, dass es in der Form, in der es sich verwirklicht, d. h. als konkreter Befehl sowohl für die Adressaten als für weite Kreise des Volkes Verhaltungsmassregel ist. Wenn wir das Recht also als Richtschnur für die Unterthanen auffassen wollen, so dürfen wir es uns nicht als System von Rechtssätzen vorstellen, sondern müssen es als Kulturmacht denken.

Da wir nun auf diese Weise die Thatsache, dass das Recht die Handlungen des Volkes normiert, uneingeschränkt anerkennen und im Rahmen bewährter Anschauungen erklären, festigt sich wiederum unser negatives Ergebnis, dass die Rechtsnormen nicht für das Volk Normen sind. Die positive Antwort auf die Frage, was die Rechtssätze als solche für das Volk sind, steht aber noch aus; sie lautet: Garantieen.

III. Die Rechtssätze wirken nach aussen hin nicht als Normen, sondern als Garantien. Die Garantie besteht darin, dass der Staat dem Bürger zusagt, er werde bestimmte Interessen und Pflichten als solche anerkennen und seine Macht zur Wahrung derselben zur Verfügung stellen. Der Rechtssatz ist also den Unterthanen gegenüber so gut wie in seinem Verhältnis zu den Staatsorganen eine Willenserklärung des Staates; für den Unterthanen ist die Willenserklärung aber nicht ein Befehl, sondern ein Versprechen, nicht eine Verhaltungsmassregel, sondern ein Garantieschein. Und gerade weil die Rechtsnorm für die Staatsorgane Norm ist, ist sie Garantie für den Bürger. Der Staat befiehlt seinen Organen, bestimmte Interessen in bestimmter Weise zu schützen und somit die Erfüllung der den Interessen entsprechenden Pflichten zu betreiben; dieser Befehl an die Organe ist für den Interessenten eine Zusage. Die einheitliche Willenserklärung des Staates hat, weil sie sich nach zwei Seiten hin wendet, zwei Bedeutungen und, weil sie einen Inhalt hat, zwei einander entsprechende Bedeutungen; sie befiehlt den Verwaltern des Gesetzes und giebt gerade deswegen den Unterthanen ein Versprechen.[9])

[9]) Jellinek (Allgemeine Staatslehre S. 532): „. . . . Ganz anders aber verhält es sich da, wo der Staat nach festen, nur in rechtlichen Formen entstehenden und



Das Versprechen hat wiederum verschiedene, einander entsprechende Inhalte, je nachdem man es an den Berechtigten oder Verpflichteten gerichtet sein lässt. Es ist für den Berechtigten eine Zusage, — eine Verheissung, wenn das Wort nicht zu pathetisch klingt, — nämlich die Zusage, dass diese und jene Interessen einen bestimmten Schutz durch die Macht des Staates finden werden. Wir nehmen also den Standpunkt des Geschützten ein, wenn wir in diesem Sinne von der garantierenden Funktion der Rechtsätze sprechen.

Für den Verpflichteten ist das in den Gesetzen gegebene Versprechen des Staates eine wenn nicht stets gefürchtete, so doch eine ihrem Sinne nach zu fürchtende Zusage, eine Drohung, nämlich des Inhaltes, dass die Abweichung von gewissen kulturellen (sozialen) Verhaltungsmassregeln nach feststehendem Plane repariert oder bestraft werden wird. Wir haben den Standpunkt des Verpflichteten geteilt, als wir (oben S. 40) die Selbstbeschränkung des Staates und die garantierende Funktion der Rechtssätze in Parallele gestellt haben.

Die garantierende Funktion der Rechtssätze nimmt für die juristische Betrachtung die erste Stelle ein; sie ist recht eigentlich der Gegenstand der Jurisprudenz. Dies wird in den folgenden Ausführungen ohne weiteres deutlich werden.

Die Rechtssätze erfüllen ihre garantierende Funktion nämlich dadurch, dass sie aus Pflichten Rechtspflichten und aus dem Willen des Individuums, die eigenen Interessen nicht verkümmern zu lassen, subjektive Rechte machen. Die Rechtsordnung erhebt Güter zu Rechtsgütern, sie stempelt Verletzungen zu Rechtsver-

---

abänderlichen Rechtsregeln verfährt. Solche Regel enthält einmal die Bindung der Staatsorgane an sie. Damit allein ist aber die Thätigkeit des Staates selbst gebunden, indem staatliche Organthätigkeit Staatsthätigkeit selbst ist, ja andere Staatsthätigkeit als die durch Organe vermittelte überhaupt nicht existiert. Solche Regel enthält aber auch die Zusicherung an die Unterthanen, dass die Staatsorgane verpflichtet sind, ihr gemäss zu verfahren. Das Strafrecht ist nicht nur Anweisung für den Richter, das Finanzrecht nicht bloss Instruktion für deu Steuerkommissar, sondern enthält zugleich die Zusicherung an die Unterthanen, dass nur diesen Gesetzen gemäss verfahren werde." Das ist der Grundgedanke unserer Ausführungen. — Vgl. über die äussere und innere Wirkung der Gesetze auch die trefflichen Ausführungen von Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht (1895) S. 81 ff und dazu unten Kap. 5 des 2. Teils.

letzungen; einigen Geschäften versagt sie, anderen erteilt sie das Prädikat Rechtsgeschäft. Die Rechtssätze machen aus Verhältnissen Rechtsverhältnisse, — das ist ihre ureigenste externe Leistung.

Wenn wir die garantierende Funktion der Rechtssätze im einzelnen verfolgen wollen, müssen wir auf die soeben genannten Begriffe eingehen. Sie umfassen die Beziehungen, die zwischen dem Gesetz und dem Volk bestehen; je ungezwungener und richtiger sich daher ihr Gehalt darstellt, umsomehr befestigt sich mein ceterum censeo: Die Rechtssätze befehlen dem Richter, nicht dem Volk.

1. Unter einem Rechtsverhältnis versteht man die Beziehungen einer Person zu anderen Personen, sofern auf diese Beziehungen Rechtsnormen anwendbar sind. Das ist, seit *Savigny* die Lehre von den Rechtsverhältnissen begründet hat, im wesentlichen die herrschende Begriffsbestimmung, mag man auch eine etwas abweichende Formulierung wählen; so bringt z. B. die Definition, Rechtsverhältnis ist das, von der Rechtsordnung anerkannte und geregelte Lebensverhältnis,[10]) in der Hauptsache den gleichen Gedanken zum Ausdruck. Die Wechselfälle des Lebens, — Geschäfte und Streitigkeiten, Geburt und Tod, Verletzungen und Gegenwehr, — sie schaffen Verhältnisse, aus ihnen macht die Rechtsordnung Rechtsverhältnisse, nämlich wenn sie Bestimmungen enthält, denen die entstandenen Beziehungen unterfallen. Die Ehe ist ein Rechtsverhältnis, die Freundschaft ist es nicht.

In jedem Rechtsverhältnis stehen sich rechtliche Macht und rechtliche Gebundenheit gegenüber, entweder in der Weise, dass eine Partei nur Berechtigungen, die andere nur Verpflichtungen hat, oder derartig, dass jede Partei sowohl berechtigt als verpflichtet ist. Dem subjektiven Recht (Ziff. 3) der einen Person entspricht die Rechtspflicht (Ziff. 2) der anderen.

2. Während man nicht bezweifelt, dass die Rechtsverhältnisse Verhältnisse sind, die von den Rechtssätzen nur ergriffen, nicht erzeugt werden, regen sich Bedenken, ob die Rechtspflichten nicht etwa von der Rechtsordnung auferlegte Pflichten sind. Sie sind es nicht. Die Rechtssätze legen nur den Staatsorganen Pflichten auf. Die Pflichten der Unterthanen sind Produkte aus den Begebenheiten des Lebens (Handlungen, Ereignisse, Zustände) und den auf dieselben

---

[10]) Hellwig, Lehrb. d. dschn. Civilprozessrechts I, 192.

anwendbaren Kulturnormen, sie sind Rechtspflichten, weil und sofern sie nach geltendem Recht auch vom Staat, speziell von den Gerichten des Staates, als Pflichten behandelt werden. Rechtspflichten sind rechtlich erhebliche Pflichten, nicht aber von den Gesetzen geschaffene Pflichten. Die rechtliche Erheblichkeit äussert sich in mannigfachen Erscheinungen, namentlich darin, dass die Pflichtverletzung bestraft wird, oder dass die Pflichterfüllung im Wege der Zwangsvollstreckung betrieben werden kann. — Um den springenden Punkt in einem Beispiel zu erläutern: Wer davon, dass jemand einen Mord vorhat, zu einer Zeit, in der das Verbrechen noch verhütet werden kann, Kenntnis erlangt, ist verpflichtet, der bedrohten Person oder der Behörde rechtzeitig Anzeige zu erstatten. Der Bürger hat diese Pflicht, nicht weil irgendwo in den Gesetzen von ihr die Rede ist, weil es schändlich wäre, das Verbrechen nicht zu verhüten, deswegen besteht die Anzeigepflicht und sie ist eine Rechtspflicht, weil der Staat seine Organe angewiesen hat (im § 139 des St.-G.-B.'s), sofern der Mord begangen oder versucht worden ist, denjenigen zu bestrafen, der der Pflicht nicht nachgekommen ist. Diese Willenserklärung des Staates geht aber keinen Bürger etwas an; genug dass er seine Pflicht kennt, ob er sie als Rechtspflicht erkannt hat, das ist für die Beurteilung seines Verhaltens gänzlich gleichgültig. Wie es unter den angegebenen Umständen Pflicht ist, einen geplanten Mord anzuzeigen, so auch einen Diebstahl, den etwa eine Einbrecherbande vorbereitet hat; die Anzeige des Diebstahls ist aber keine Rechtspflicht des Bürgers; der Staat kümmert sich um denjenigen, der dieser Pflicht nicht nachkommt, in keiner Weise. Schliesslich vergegenwärtigen wir uns, dass man von mancherlei geplanten Delikten Kenntnis erhalten kann, ohne die Pflicht, geschweige denn die Rechtspflicht zu haben, irgend etwas zur Verhütung derselben zu thun. Wir müssen den Freund preisgeben, wenn er sich anschickt, das Vaterland zu verraten, nicht aber wenn er sich zu einem Duell rüstet. Die Kulturnormen geben uns Weisungen, wie wir uns verhalten sollen — freilich ohne uns Pflichtenkollisionen zu ersparen.

3. Auch der Begriff des subjektiven Rechts erläutert sich von unserem Standpunkt aus in befriedigender Weise. Allerdings kann ich bei dieser Begriffsbestimmung den hergebrachten Definitionen nicht ganz folgen, was ich hier um so misslicher empfinde, weil ich

mich nicht darauf einlassen kann, die grosse Literatur über das Wesen des subjektiven Rechts in dieser Studie zu verarbeiten.

Das Recht auf Arbeit ist eine politische Forderung, das Recht zu leben ein Romanthema. Wir sprechen von den subjektiven Rechten im technischen Sinne des Wortes. Man muss Jurist sein, um feststellen zu können, ob eine Person unter gegebenen Umständen ein subjektives Recht hat; denn man muss nicht nur die thatsächlichen Umstände, sondern auch das geltende Recht kennen, um sich über die Existenz eines subjektiven Rechts äussern zu können. Der Rechtsanwalt etwa, der seinem Klienten sagt, er habe ein Recht auf Ehescheidung, ist zu dieser Behauptung gekommen auf Grund seiner Informationen (der andere Ehegatte hat sich eines Ehebruchs schuldig gemacht) und auf Grund seiner Kenntnis des bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 1565). Der Anwalt kleidet seine Entscheidung etwa in die Worte: Sie werden ihren Prozess gewinnen. Die Gedanken, die er hiermit zum Ausdruck bringt, sind folgende: Der Gerichtshof folgt jedesmal den abstrakten Weisungen, die ihm das Gesetz giebt; im konkreten Fall ist der Gerichtshof angewiesen, auf Scheidung der Ehe zu erkennen; die Einreichung der Klage wird diesen Erfolg herbeiführen. Der Anwalt sagt also seinem Klienten: Sie haben die Macht, die abstrakten Imperative der Rechtsordnung zur Wahrung ihres konkreten Interesses wirksam werden zu lassen.

Der Begriff des subjektiven Rechts hat keinen anderen Inhalt als diese Aussage. Denn die Aufgabe der Begriffsbestimmung besteht darin, die allgemeinen Kriterien anzugeben, nach welchen wir Juristen im Einzelfall entscheiden können, ob eine Person ein subjektives Recht hat. Die Methode und das Resultat dieser abstrakten Aufgabe kann also nicht abweichen von dem Gedankengang und dem Ergebnis, die sich in jedem Einzelfall bei der Lösung der Aufgabe einstellen. Wer in abstracto einen andern Weg geht als in concreto, schafft einen Begriff, der nicht praktikabel ist, d. h. er stellt eine unrichtige Definition auf. Freilich fällt es einem Juristen kaum ein, bei der Entscheidung eines konkreten Falls den Begriff des subjektiven Rechts auch nur zu Rate zu ziehen, — der Wert der Definition liegt im Gebiete der Theorie; aber die theoretische Leistung ist nur gelungen, wenn die Begriffsbestimmung uns Klarheit giebt, auf welche Merkmale wir bei der Konstatierung subjektiver Rechte zu achten haben. Und so scheint es mir richtig, zu definieren:

Ein subjektives Recht ist die Macht einer Person, die abstrakten Imperative der Rechtsordnung zur Wahrung eines konkreten Interesses wirksam werden zu lassen.

Die Definition verwendet die drei Elemente, die sich fast überall in den Begriffsbestimmungen des subjektiven Rechts finden: Interesse, Willensmacht, die Beziehungen dieser Momente zur Rechtsordnung.

a. Ein Interesse, und zwar ein konkretes oder (was vielleicht korrekter ist) ein individualisiertes Interesse ist die Voraussetzung für die Existenz eines subjektiven Rechts. Falsch aber ist die Gleichung, Recht = Interesse, und sie wird auch nicht richtig, wenn man dem Begriff Interesse Attribute beifügt, wie „rechtlich geschützt" *(Ihering)* oder „durch Anerkennung menschlicher Willensmacht geschützt" *(Jellinek)*. Das im Leben geborene Interesse wird, gleichviel wie es von der Rechtsordnung behandelt wird, niemals zu einem Recht. Es ist ja schon gegen unser Sprachgefühl ein Recht Interesse zu nennen, wovon man sich überzeugen kann, wenn man, was sicherlich erlanbt ist, das Wort Recht durch Berechtigung oder Befugnis ersetzt. Die Befugnisse des Mieters und die Interessen des Mieters, das ist zweierlei, wenn auch die Wahrung beider ein Ziel hat. Und die rechtlich geschützten Interessen des Mieters sind nur ein Ausschnitt aus dem Komplex seiner Interessen, sie bilden einen in seiner Interessensphäre einbeschriebenen Kreis, sie sind Interessen und folglich nicht Befugnisse.

Wenn wir die Behauptung, dass die Rechte dem Begriff des Interesses nicht subsumiert werden können, gründlicher erweisen wollen, müssen wir uns über den Begriff des Interesses Rechenschaft geben.

Der Zustand des Interessiertseins steht im Gegensatz zu dem der Gleichgültigkeit; „es liegt mir daran" diese Seelenverfassung verdeutlicht sich durch ihr Gegenteil „es lässt mich kalt." Aus dieser Gegenüberstellung gewinnen wir die Einsicht, dass Interessen Gefühle sind. Ferner ist der Zustand des Interessiertseins verwandt mit dem Wunsch, etwas erreichen zu wollen; wer ein Interesse hat, verfolgt einen Zweck. Jemand hat das Interesse, dass sein Gegner die Echtheit einer Urkunde anerkennt, diesen psychischen Thatbestand gebe ich mit einer nur geringfügigen Modifikation an durch die Worte, er bezweckt die Anerkennung der Urkunde, die Anerkennung ist das Ziel, bei welchem er anlangen möchte. So sind wir auf folgende Definition hingeführt: **Interessen**

sind Gefühle, die die Erreichung eines Zwecks erstrebenswert (wertvoll) erscheinen lassen.[11]) Der Zweck, der erreicht werden soll, ist entweder die Erhaltung eines gegebenen oder die Herbeifürung eines neuen Zustandes.[12])

Interesse und Zweck sind somit zwei Seiten einer Seelenverfassung. Wenn ich ein Motiv meiner (geschehenen oder bloss geplanten) Handlung seinem gedanklichen Inhalt nach angebe und in die Aussenwelt projiciere, so nenne ich es Zweck; ich verfolge mit meiner Klage den Zweck, die Echtheit der Urkunde jedem Zweifel zu entrücken. Wenn ich aber den Gefühlston, der in jedem Motiv liegt, als das treibende Moment bezeichnen will, so spreche ich von Interessen; ich habe die Klage eingereicht, weil ich ein Interesse daran habe, die Echtheit der Urkunde festgestellt zu sehen. Aus dieser Erklärung ist ersichtlich, warum die Menschen in einem fort von ihren Interessen sprechen; über seine Zwecke ist man sich nicht immer klar oder man scheut die Mühe, ihnen deutlich Ausdruck zu verleihen, es ist bequemer, sich auf wirkende Gefühle anstatt auf die wirkenden Vorstellungen zu berufen. Oft aber liegt auch eine grosse psychologische Feinfühligkeit darin, dass man das Wort Zweck vermeidet und durch Interesse ersetzt. Ich habe Interesse an der

---

[11]) Die Definition deckt nicht den ganzen Sprachgebrauch; der Ausdruck, es interessiert mich, gehört zu den beliebtesten und wird vielfach ganz farblos gebraucht, etwa als Surrogat für „es gefällt mir,“ „es ist mir von Bedeutung,“ „ich erwarte mit Spannung“ u. s. w. Keine Definition kann allen diesen Redewendungen gerecht werden; unsere Erklärung deckt aber alle Fälle, in denen sich das Interesse auf eine Handlung bezieht.

[12]) Zutreffend Schuppe (Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie 1881, S. 14): „. . . Ich habe nur darauf aufmerksam zu machen, dass das Interesse weder bloss als Gefühl, noch bloss als Wille, noch als eine nachträgliche Zusammensetzung beider bezeichnet werden kann, sondern dass jeder darunter das lebhafte Gefühl von einem Wert und das entsprechende Streben zugleich versteht, beides durch einen Laut ausgedrückt, weil es thatsächlich nur als eine innere Regung wahrgenommen wird.“ — Ihering (Geist des röm. Rechts III, 341): „Der Wertbegriff enthält den Massstab zur Bestimmung der Tauglichkeit des Gutes, der Interessenbegriff erfasst diese Werteigenschaft in besonderer Beziehung auf die Zwecke und Verhältnisse des Subjekts.“ — Jellinek (System der subjektiven öffentl. Rechte, 1892, S. 40): „Ein Interesse ist ein Gut nach der subjektiven Wertschätzung für die menschlichen Zwecke.“ — Berolzheimer (Rechtsphilosophische Studien, 1903, S. 101): „Interesse ist der Wert, den jemand einer Sache oder Beziehung beilegt.“ In dieser Definition fehlt das Willensmoment, die Beziehung auf Zwecke.

Erhaltung meiner körperlichen Unversehrtheit, meines Lebens, meiner Ehre, es ist nicht mein Zweck, mein Leben zu wahren. Die Gefühle nämlich, die mir die Erhaltung meines Lebens erstrebenswert erscheinen lassen, verlassen mich nie. Die Vorstellung, die ihnen entspricht, erwacht und wirkt erst, wenn ein besonderer Anlass sie weckt; erst wenn mein Leben bedroht ist, wird das Interesse an der Erhaltung der Zweck einer Thätigkeit, etwa der Abwehr des Angriffs. — Man hat im Verlauf seines Lebens tausenderlei Zwecke, aber stets die gleichen Interessen und man hat in jeder Stunde des Lebens alle seine Interessen, — wenn sie auch nicht vom Bewusstsein erfasst werden, — die Zwecke aber kommen und gehen mit den Stunden.

Wenn die aufgestellte Definition des Interesses richtig ist, dann ist es unmöglich, die subjektiven Rechte durch Subsumtion unter den Gattungsbegriff Interesse zu erläutern, denn man würde in letzter Linie Befugnisse Gefühle nennen.

Fahren wir nach dieser Zwischenuntersuchung fort, das Wesen der subjektiven Rechte zu erläutern.

b. Nicht Interesse, Macht ist das genus proximum, rechtliche Macht, denn sie wird, — wie aus der Definition ersichtlich ist, — von der Rechtsordnung gewährt. Ein subjektives Recht ist jedoch keineswegs eine Kreatur des Gesetzes; aus dem Gesetz stammt das Mittel, ein Interesse zu wahren, d. i. die Macht; das Interesse aber, ohne welches ein subjektives Recht nicht entstehen kann, wird von thatsächlichen Geschehnissen oder Zuständen hervorgebracht. Jedes subjektive Recht ist also das Produkt aus zwei Faktoren.

Weiterhin muss beachtet werden, dass man eine Macht haben kann, auch ohne sie auszuüben. Das subjektive Recht besteht z. B. nicht darin, dass man klagt, sondern darin, dass man klagen kann; und allgemein gesagt: nicht der Machtgebrauch, die Möglichkeit desselben ist das subjektive Recht. Der Verzicht auf die Machtausübung verneint nicht das Bestehen der Macht. Immer aber muss die Nichtausübung im Willen des Machthabers ihren Grund haben. Eine Macht, die man, selbst wenn man wollte, nicht ausüben kann, ist eine contradictio in adjecto.

Es genügt nebenher zu erwähnen, dass die Person, die die Macht hat und jene, die das Interesse hat, verschiedene Subjekte

sein können (z. B. Vormund und Mündel). Sachwalter und Interessent — *Merkel* gebraucht diese Bezeichnungen — brauchen nicht identisch zu sein.

c. Das Wesen der subjektiven Rechte erläutert sich vollständig erst dadurch, dass man den Inhalt der Macht beschreibt. Und gerade an diesem Punkte haben mir die Definitionen, die ich vorgefunden habe, nicht genügt, auch nicht die *Merkels*, mit der ich am weitesten übereinkomme. Seine Ausführungen, die Macht sei um bestimmter Interessen willen verliehen und ihnen gemäss als Werkzeug für ihre Befriedigung ausgestaltet, (Encyclopädie § 159) sind richtig, müssen und können aber präzisiert werden. Den Inhalt der Macht bildet das Vermögen, die abstrakten Imperative der Rechtsordnung zur Wahrung eines konkreten Interesses wirksam werden zu lassen, also das Vermögen, sich Rechtsschutz zu erwirken. Daran dass die Person eine actio hat, erkennt man ihr subjektives Recht. Die Aktionen, die unsere Rechtsordnung den Rechtssubjekten zur Verfügung stellt, führen viele Namen: Klage, öffentliche Klage (Anklage), Privatklage, Beschwerde, Einspruch, Einwand, Berufung, Revision u. s. w. — Wer über ein derartiges Mittel, sein Interesse zu wahren, nicht verfügt, hat kein subjektives Recht.

Das Recht entsteht nun nicht etwa mit dem Anlass, von diesen Mitteln Gebrauch zu machen; das Recht existiert von dem Moment an, in dem sich (unter der Herrschaft einer anwendbaren Rechtsnorm) das individualisierte Interesse gebildet hat. Allerdings wird die Existenz des Rechtes aber erst erheblich, wenn sein Träger Grund hat, das Interesse zu verteidigen. Die Verletzung oder die Gefährdung des Interesses erschafft nicht das Recht, rückt es aber in die Situation, um deren Willen es vorhanden ist. Die Macht, die das Wesen des Rechtes ausmacht, besteht, solange die Person ihr Interesse und das Gesetz ein und denselben Willen hat, sie wird wertvoll, wenn ein casus belli eingetreten ist.

Von diesem Punkt aus würde es nun keine Schwierigkeit bereiten, die ruhenden, die bedingten und befristeten Rechte und ähnliche Erscheinungen zu erklären. Diese speziellen Fragen würden uns aber zu weit von unserem Wege abbringen. Dagegen

muss ich, teils um die Konstruktion zu verdeutlichen, teils um Einwände vorwegzunehmen, noch auf das Recht der Selbst- und Nothilfe und auf die Rechte, deren Subjekt der Staat ist, eingehen.

d. Unsere Definition kennt nur eine Art von Ausübung subjektiver Rechte, die Verwertung der obrigkeitlichen Rechtshilfe. Diese Begriffsbestimmung scheint zu eng zu sein, denn in bestimmten Grenzen darf der Berechtigte sein Recht eigenmächtig zur Geltung bringen; es giebt ein Notwehrrecht, ein Recht der Selbsthilfe. (Vgl. St.-G.-B. §§ 53, 54, Mil.-St.-G.-B. § 124, B.-G.-B. §§ 228, 229, 561, 859, 904 u. a.) Machen diese Fälle nicht eine Erweiterung unserer Definition nötig? Nein, gerade von dem Standpunkt aus, den wir einnehmen, erklären sich die Rechte der Selbst- und Nothilfe in juristisch exakter Weise.

Gehen wir wieder von einem konkreten Fall aus. Der Klient erzählt seinem Anwalt, dass der Hofhund des Nachbarn, der auf den Mann dressiert ist, ihn spät abends, als er am Hause vorüber ging, angegriffen hat; er schildert seine gefährdete Lage, den Kampf und wie es soweit gekommen ist, dass er den Hund erschlagen hat. Nun verlangt der Nachbar Schadenersatz und droht mit einer Anzeige an die Staatsanwaltschaft. Habe ich denn nicht das Recht gehabt, den Hund zu töten, so frägt der Klient seinen Anwalt. Er selbst ist überzeugt, dass sein Verhalten berechtigt, richtig, recht gewesen ist; seine Ueberzeugung gründet sich, um mit seinen Worten zu sprechen, darauf, dass es unvernünftig und ungerecht wäre, wenn es verboten sein sollte, sich seines Lebens zu wehren; seine Ueberzeugung beruht, um es in unseren Worten zu sagen, darauf, dass die Rechtsnormen den gleichen Inhalt haben müssen wie die Kulturnormen, denen er gefolgt ist. Und nun will der Klient vom Anwalt authentische Auskunft über die Rechtsnormen erhalten, er will wissen, wie die Gerichte seinen Fall beurteilen werden, er will wissen, ob er die Macht hat, die Ansprüche, die der Nachbar und vielleicht auch der Staatsanwalt geltend machen wird, zurückzuweisen. Wenn die Gerichte angewiesen sind, ihn freizusprechen, dann ist sein Verhalten auch nach Massgabe der Rechtsordnnng recht, dann hat er ein subjektives Recht. Es besteht darin, dass er die rechtliche Macht hat, zu bewirken, dass sein Interesse, sich gegen

angreifende Hunde zu wehren, auch vor den Gerichten des Staates anerkannt wird. Er kann Klage und Anklage ruhig abwarten; er wird in der Rolle des Beklagten von seinem subjektiven Recht Gebrauch machen. Schon damals, als er den Hund getötet hat, hatte er dieses subjektive Recht. Der Anlass es auszuüben, tritt erst ein, wenn der Nachbar die Sache vor die Civil- und Strafgerichte bringt, tritt also vielleicht nie ein.

Wir gelangen somit zu folgendem Resultat: Die Selbsthilfe, d. h. die zwangsweise eigenmächtige Wahrung eines konkreten Interesses, ist nicht das Selbsthilfe**recht**; die Notwehr, diese Handlung, ist etwas anderes als das Notwehr**recht**, auch etwas anderes als die Ausübung des Notwehrrechts. Das Recht, sich selbst zwangsweise zu helfen, ist wie jedes Recht, **rechtliche** Macht, d. h. eine vom Staat durch die Rechtsordnung gewährte Macht. Die rechtliche Macht ist hier wie überall das Vermögen, mittels der Rechtsordnung einem Verhalten Rechtfertigung und Anerkennung zu verschaffen. **Das Recht, sich selbst zu helfen, ist also die Macht, die abstrakten Imperative der Rechtsordnung wirksam werden zu lassen, um das Interese, Güter eigenmächtig zu schützen, zu wahren. Die Ausübung dieses Rechtes besteht somit nicht in der eigenmächtigen Schutzhandlung, sondern in der Rechtfertigung derselben vor den Gerichten.**

Diese Konstruktion ist geschraubt, und doch ist sie für den Juristen unumgänglich. Wenn man sie zurückweist und die hergebrachte Vorstellung, nach der etwa die Notwehrhandlung Ausübung des Notwehrrechtes ist, teilt, dann muss man auch behaupten, der Verkäufer, der dem Käufer die Rechnung oder eine Mahnung zugehen lässt, übe sein Recht aus, dann muss man zugeben, dass die Benutzung der gemieteten Sache die Ausübung eines subjektiven Rechtes ist. Auf diesem Weg verfällt man der Ansicht, dass jeder, der etwas Erlaubtes thut, von einem subjektiven Recht Gebrauch macht! Jeder Anteil an den Lebensgütern ist ein subjektives Recht, jeder Genuss eines Gutes, jede Wahrnehmung eines Interesses ist Geltendmachung eines subjektiven Rechtes, — das ist die Verallgemeinerung der Behauptung, die Schutzhandlung sei Ausübung des Selbsthilferechts. In diesem Vergrösserungsspiegel zeigt sich, dass man unjuristisch denkt, wenn

man der Ansicht des Laien, nach der die Tötung des angreifenden Hundes Rechtsausübung ist, folgt. Der Laie darf diese Vorstellung hegen. Es ist natürlich nicht ungereimt, die Notwehrhandlung und die Bewohnung der gemieteten Räume, als Rechtsausübung zu bezeichnen; aber mit aller Entschiedenheit ist zu betonen, dass bei dieser Auffassung der Begriff des subjektiven Rechts für die Jurisprudenz völlig wertlos ist, seine Leistung ist dann gleich null.

e. Ein weiterer Einwand gegen unsere Definition könnte dahin gehen, dass sie die subjektiven Rechte des Staates nicht deckt. — Auch von den Rechten des Staates ist vielfach in einem nicht-technischen Sinne die Rede. Die Diskussion, ob der Staat das Recht hat, den Versuch des Selbstmordes zu bestrafen, stellt die Berechtigung dieser Strafdrohung in Frage und gebraucht das Wort Recht im politischen oder gar im naturrechtlichen, nicht im juristischen Sinne. Als Juristen schreiben wir dem Staat aber z. B. das Recht zu strafen (ius puniendi) zu; hierdurch geben wir dem Gedanken Ausdruck, dass der Staat nicht nach Willkür und nicht nach dem Masse seiner natürlichen Macht, sondern nach den Gesetzen straft; wir kennzeichnen das Verhältnis zwischen dem Staat und dem Delinquenten als Rechtsverhältnis. Wäre nicht die Verwirklichung von Rechtsnormen, sondern die uneingeschränkte Gewalt das Mittel, durch das der Staat sein Interesse an der Bestrafung wahrt, so würde das Strafen, auch wenn es sich noch so gerecht und weise vollziehen würde, nicht als Ausübung eines subjektiven Rechts charakterisiert werden können.[13]) Somit ist das Strafrecht des Staates identisch mit der Macht des Staates, sein Interesse an der Bestrafung dadurch zu wahren, dass er die abstrakten Imperative der Rechtsordnung wirksam werden lässt. Das Entsprechende gilt für andere Rechte des Staates; sie werden also von der Definition gedeckt.

Unverkennbar hat nun aber die Macht des Staates, die das

[13]) „Zu beachten ist, dass von einem staatlichen Strafrecht im subjektiven Sinne nur unter der Voraussetzung gesprochen werden kann, dass die an sich schrankenlose Strafgewalt des Staates in kluger Selbstbeschränkung Voraussetzung und Inhalt ihrer Bethätigung (Verbrechen und Strafe) bestimmt hat." So durchaus richtig von Liszt auf der ersten Seite seines Lehrbuches.



Wesen seiner Rechte ausmacht, eine andere Bedeutung als die rechtliche Macht einer Privatperson. Die Machtsphäre der Privatperson ist um so grösser, jemehr subjektive Rechte ihr angehören, die des Staates wird um so kleiner, jemehr sie sich mit subjektiven Rechten füllt. Für den Unterthanen ist das subjektive Recht eine Machtsteigerung, für den Staat Machtschmälerung. Das Individuum nimmt durch seine Rechte Teil an den Machtmitteln des Staates, der Staat setzt dadurch, dass er sich subjektive Rechte giebt, seinen natürlichen Machtmitteln Schranken. Der Bürger bucht sein subjektives Recht als Plus, der Staat als Minus.

Wenn diese Gegenüberstellung unbedingt richtig wäre, so könnte man die Rechte des Staates kaum durch den Begriff Macht erläutern. Wenn auch ein reduziertes Vermögen noch Macht bleibt, so wird es doch durch die Bezeichnung „Macht" eben nur bezeichnet, nicht gekennzeichnet. Indessen ist es nur bedingt richtig, in den Rechten des Staates eine Machtschmälerung zu sehen.

Es mag wohl sein, dass in einem und dem andern Fall der Staat seine Interessen nachdrücklicher, kraftvoller, besser wahren könnte, wenn er sich nicht an seine Rechtsnormen gebunden hätte. Dass aber der Staat sub specie aeternitatis seinen Interessen besser dient, wenn er nur in Befolgung seiner Rechtssätze thätig wird, das unterliegt keinem Zweifel. Die Macht, deren er sich heute entäussert, wird ihm im Laufe der Zeit hundertfältig zurückerstattet; der Staat muss also seine Rechte als gewinnbringende Ausgaben buchen. „Das Recht ist die Politik der Gewalt," wir haben diese Einsicht schon mehrmals in unsern Untersuchungen verwertet. Die Selbstbeschränkung des Staates ist Klugheit. Der Staat erreicht mehr, weil er von seiner natürlichen Macht nur innerhalb der Rechtsschranken Gebrauch macht. Unter diesem Gesichtspunkt erscheinen die Rechte des Staates nicht als Machtschmälerung, sondern als Machtsteigerung. Ein Recht haben, ist für den Staat zwar aus anderen Gründen wie für den Bürger, aber doch im vollen Sinne des Wortes Macht.

Die letzten Erörterungen sind notwendig gewesen, um das Wesen der subjektiven Rechte nicht gar zu lückenhaft darzustellen,

tragen aber nicht unmittelbar dazu bei, die Aufgabe dieses Abschnittes zu erledigen; dieselbe besteht darin, die Beziehungen zwischen dem Volk und den Rechtssätzen zu erklären, und zwar ohne die Fiktion, nach der das Gesetz ein Befehl an das Volk ist, als Stütze zu verwerten. Wir vervollständigen die Lösung der Aufgabe, indem wir auf das Wesen der Rechtsverletzungen eingehen.

4. Körperverletzungen sind Verletzungen des Körpers, Rechtsverletzungen Verletzungen des Rechts; dem Worte Rechtsverletzung liegt zweifellos diese Ansicht zu Grunde; und da Worte bei vielen mehr Ansehen geniessen als Gedanken, ist der Glaube, dass der Verbrecher das Recht verletzt, kaum auszurotten.

Wir halten uns nicht an das Wort. Rechtsverlettzungen sind nicht Verletzungen des Rechts, sondern rechtlich erhebliche Verletzungen; ihr Angriffsobjekt ist weder das Recht im objektiven, noch das Recht im subjektiven Sinn, Rechtsgüter sind das Objekt der Rechtsverletzungen.

a. Das Recht im objektiven Sinn ist für den Bürger unverletzbar. Ich brauche nicht zu wiederholen, dass das Recht als System von Rechtssätzen nur vom Richter verletzt werden kann und nicht einmal von ihm, wenn man die sprachliche Ungenauigkeit, die den unverletzbaren Rechtssatz als Objekt der Verletzug nennt, vermeiden will. — Ueberflüssig ist es auch, nochmals auszuführen, dass das Recht als Kulturmacht, d. h. dass die in den Rechtsnormen steckenden Kulturnormen den Verletzungen von Seiten des Volks zugänglich sind. Der Sprachgeist braucht sich daher des Wortes Rechtsverletzung nicht zu schämen; er ist kein Jurist. Und wer andern als juristischen Kenntnissen nachgeht, denkt sich etwas durchaus Richtiges, wenn er sich unter einer Rechtsverletzung eine Verletzung des Rechtes vorstellt. Für den Juristen aber, dem es nicht genügen kann, das Recht als eine andern Kulturfaktoren (Sitte, Sittlichkeit,) gleichartige Erscheinung aufzufassen, sind Rechtsverletzungen nicht Verletzungen des objektiven Rechts.

b. Auch das Recht im subjektiven Sinn ist nicht das Angriffsobjekt der Rechtsverletzung. Das Delikt tastet die Macht der Privatperson, sich Rechtsschutz zu erwirken, nicht im geringsten an, im Gegenteil, es giebt dieser Macht Anlass, in Aktion zu

treten. Das strafbare Delikt veranlasst den Staat, von seinem Recht zu strafen, Gebrauch zu machen, es verletzt nicht dieses, noch sonst ein Recht. — Alle Rechtsverletzungeu rücken vorhandene subjektive Rechte des Einzelnen oder des Staates in ein Stadium, in welchem ihr Träger Grund (oder die Pflicht) hat, von dem Rechte Gebrauch zu machen; sie veranlassen das Rechtssubjekt, seine rechtliche Macht zu gebrauchen. Nur wenn der Staat die Zusage, die er in der Rechtsordnung gegeben hat, nicht hält, wenn der Staat seine Pflichten nicht erfüllt, werden subjektive Rechte verletzt; der Rechtsbruch ist die einzig denkbare Verletzung subjektiver Rechte.

All dies liegt klar zu Tage, wenn man von der hier vertretenen Definition des snbjektiven Rechts ausgeht, andere Definitionen führen zu anderen Resultaten, — aber es spricht gegen sie, wenn sie dazu führen, in den subjektiven Rechten das Angriffsobjekt der Rechtsverletzungen zu sehen, was sofort ersichtlich werden wird.

Bei einigen Deliktsgruppen, wie etwa bei den Geldfälschungsdelikten, kann es fraglich werden, welches Angriffsobjekt sie haben. Im allgemeinen ist das Angriffsobjekt unverkennbar, das Leben und der Körper eines Menschen, die Sicherheit des Staates, die Ehre eines Individuums, die Sache und das Vermögen einer Person sind Objekte der Rechtsverletzungen. Wer nun die subjektiven Rechte als Angriffsobjekt der Rechtsverletzungen auffassen will, steht vor einem entweder-oder: Entweder muss er von seiner Gesundheit aussagen, sie sei sein Recht; er muss behaupten, dass u. a. auch das Leben und der Körper ein Recht ist. Oder man muss leugnen, dass die Körperverletzung den Körper, der Mord das Leben, die Sachbeschädigung die Sache verletzt. Eines ist so unmöglich wie das andere, was nicht ausschliesst, dass man beide Behauptungen gewagt hat. So hat sich z. B. — was gwiss beachtenswert ist — das bürgerliche Gesetzbuch nicht gescheut, das Leben, den Körper, die Gesundheit etc. „Rechte“ zu nennen. (Vgl. § 823). — Und es fehlt auch nicht an Lehren, die — vielleicht ohne es zu wollen, — daran gerüttelt haben, dass wir uns Leben und Gesundheit als Angriffsobjekte vorstellen. So hat z. B. *Gerland* (Gerichtssaal Band 59, S. 101/102) die neue Theorie aufgestellt, „das eigentliche Objekt einer Rechtsverletzung“ seien „die in der körperlichen Welt konkret existieren-

den Rechtseinrichtungen." Der Mord verletzt also „eigentlich" nicht das Leben, das in den Adern pulsiert, sondern eine konkrete Einrichtung des Rechts, nämlich diejenige, die abstrakt gebietet, das Leben des Menschen zu achten.[14]) Dieses Gebot als Einrichtung des Rechts, und die Einrichtung als Angriffsobjekt aufzufassen, dass ist ein Gedankengang, der — um über den mindesten Vorwurf nicht hinauszugehen — ungeeignet ist, uns das Wesen der Rechtsverletzungen zu erklären.

c. Wir gehen davon aus, dass (abgesehen von einigen Deliktsgruppen) keine Zweifel bestehen, welche Objekte im Einzelfall verletzt werden. Unser empirisches Material ist also nicht problematisch. Die Schwierigkeit liegt darin, alle Dinge, Beziehungen, Zustände, deren Verletzung Rechtsfolgen hat, unter einen Begriff zu bringen, — nur hierin, deswegen ist sie klein. Die Aufgabe, die gelöst werden soll, ist also die: das gegebene Material einheitlich zu charakterisieren. Wir sprechen zu diesem Zweck zunächst vom Objekte der Verletzungen, dann erst von dem der Rechtsverletzungen; und da die Gefährdungen keine anderen Objekte als die Verletzungen haben, erwähnen wir sie nicht ausdrücklich. Es bieten sich zwei Begriffe dar, denen alles Verletzbare subsumiert werden kann.

Alles, was verletzt werden kann, ist zunächst „Etwas." Die Unterordnung der Angriffsobjekte unter diesen Begriff fördert unsre Einsichten in keiner Weise, sie enthält keine Charakterisierung. Da aber die verletzbaren Objekte (d. h. das was verletzbar ist) eine bunte Mannigfaltigkeit zeigen, — das Kirchenfenster und das religiöse Gefühl, die Autorität der Staatsgewalt und die Gesundheit eines Menschen, der Frieden im Haus und im Lande, — kann ein Begriff, der sie alle decken soll, nicht einen viel reicheren Inhalt haben als „Etwas." Nur durch Zufügung eines Merkmals können wir dem farblosen Etwas ein wenig mehr Anschaulichkeit und Erkenntniswert verleihen. Wenn ich einen Zustand, der für niemanden einen Wert hat,

[14]) Ich hoffe, dass ich die Lehre richtig anwende; die massgebende Stelle lautet (l. c. S. 102): „Die eigentliche Norm eines Strafgesetzes ist mithin das hinter dem strafgesetzlichen Verbot stehende abstrakte Gebot einer konkreten Rechtseinrichtung, wie denn eine Qualität jedes Gebotes, seine negative Funktion, das Verbot der Zuwiderhandlung gegen das Gebot ist."



verändere, so ist das keine Verletzung; wenn ich einen Stein am Wege ein Stück weit fortstosse, so wird nichts verletzt; hat die Lage des Steines aber für irgend jemanden Wert, sie bezeichnet etwa eine Grenze, so verletze ich etwas. Da also etwas Wertloses unverletzbar ist, subsumiert sich alles Verletzbare dem Begriff „Etwas Wertvolles." Ein Etwas, das Wert hat, ist ein Gut. Der eine von den beiden Begriffen, die alle Angriffsobjekte umfassen und charakterisieren, ist Gut.

Dieser Begriff hat Erkenntniswert und zwar zunächst, weil er relativ ist. Nichts ist an und für sich gut, alles ist nur unter bestimmten Gesichtspunkten ein Gut. Ob die Veränderung eines Etwas eine Verletzung ist und warum sie es ist, das kann daher nur mit Rücksicht darauf ausgemacht werden, ob das Etwas für Jemanden wertvoll ist und warum es Wert hat.

Diese trivialen Wahrheiten sind bedeutsam. Sie erklären uns z. B., warum das Unrecht seine Geschichte hat; sie sind wichtig für manche spezielle Konstruktionen, so etwa dafür, als Verletzten denjenigen zu bezeichnen, für den das angegriffene Etwas wertvoll ist. Wer aber der Verletzte ist, das ist in manchen strafrechtlichen Materien eine umstrittene, also bedeutsame Frage. Vor allen aber setzen uns die trivialen Wahrheiten in die Lage, das Wesen der Rechtsverletzungen zu bestimmen.

Rechtsverletzungen sind Verletzungen; ihr Objekt ist also ein Gut; sie sind Rechtsverletzungen, weil und sofern das angegriffene Etwas wertvoll ist für das Recht, d. h. wertvoll vom Standpunkt des Willens, der im System der geltenden Rechtssätze erklärt ist. Alles was nach der Ansicht der Rechtsordnung ein Gut ist, nennt man Rechtsgut. Alle Objekte, deren Verletzung rechtlich erheblich ist, ordnen sich also dem Begriff des Rechtsgutes unter. Die geltenden Rechtssätze machen aus Verletzungen Rechtsverletzungen, indem sie Güter zu Rechtsgütern erheben.

Wenn wir nun eine Sache oder die Freiheit der Willensentschliessung oder die Reinheit der Amtsführung oder sonst etwas als Rechtsgut bezeichnen, so heben wir lediglich das Charakteristikum hervor, welches allen diesen Dingen, Zuständen, Beziehungen u. s. w. in gleicher Weise eigentümlich ist und welches sie alle tauglich macht, Objekt einer Rechtsverletzung

zu sein. Wir sagen uns also: Wenn Güter, die nach Ansicht der Rechtsordnung Güter sind, verletzt werden, so ist die Verletzung rechtlich erheblich, sie hat Rechtsfolgen. Wir erklären somit die Rechtsverletzungen dadurch, dass wir die Einheitlichkeit ihrer mannigfachen Objekte hervorkehren.

Ferner liegt in der Behauptung, dies oder jenes ist ein (Rechts)gut, die Identifizierung eines materiellen oder immateriellen Objekts mit einer Qualität des Objekts, nämlich mit derjenigen Eigenschaft, deren Existenz die Voraussetzung dafür ist, dass die Einwirkung auf das Objekt eine Verletzung sein kann; man identifiziert das Objekt mit seinem Wert, die Gesundheit mit dem Wert der Gesundheit. Wenn ich meine Ehre ein Gut nenne, so lasse ich an die Stelle des Objekts, die für die Verletzbarkeit der Ehre wesentliche Eigenschaft treten. Es ist daher durchaus sinngemäss, statt von der Verletzung der Sache oder des Zustands von der des Gutes zu reden. Selbst der Pedant kann diesen Ausdruck (Verletzung eines Gutes) nicht beanstanden, er müsste sich denn scheuen, vom Verlust eines Gutes, etwa des Ringes, der ins Wasser gefallen ist, oder von der Rettung eines Gutes, etwa des Auges, das in Gefahr geschwebt hat, zu reden; er müsste die Mutter, der ihr über alles geliebtes Kind durch den Tod entrissen wurde, belehren, dass sie nicht ihr höchstes Gut, sondern ihr Kind verloren hat.[15])

Es mag scheinen, als ob mit diesen Einsichten nicht viel gewonnen ist. Wenn wir uns aber vergegenwärtigen, dass die Systematik des besonderen Teils des Strafrechts auf dem Begriff des Angriffsobjektes beruht, dass die Darstellung eines jeden einzelnen Deliktsthatbestandes sich auf die Beschreibung des Angriffsobjektes gründet, dass die Grundlehren des Strafrechts nur mit Rücksicht auf die Angriffsobjekte des Verbrechens entwickelt werden können, werden wir die einheitliche Charakterisierung dieser Objekte nicht als ein überflüssiges Unternehmen

---

[15]) Es ist wohl deutlich, dass diese Ausführungen weit davon entfernt sind, das Rechtsgut als solches, d. h. den Begriff, durch den wir alle Angriffsobjekte charakterisieren, als verletzbar zu bezeichnen. Das Haus, diesen Begriff kann man nicht anzünden, ein bestimmtes Haus kann man anzünden, und wenn man es thut, verletzt man ein Gut, und zwar das des Eigentümers, das auch nach Ansicht der Rechtsordnung ein Gut, also ein Rechtsgut ist.



ansehen. Wir treten der Ansicht *von Liszts* (vgl. besonders Zeitschrift für die ges. Strafrechtsw. Bd. 6 S. 672.) bei, nach der der Begriff des Rechtsgutes für die allgemeine Rechtslehre und damit auch für die Strafrechtswissenschaft grundlegende Bedeutung hat. Grundlegende Begriffe können aber gar nicht sorgfältig genug geklärt werden. —

Schon in der Entwicklung der Begriffe Gut und Rechtsgut ist es zum Ausdruck gekommen, dass ein subjektives Moment, d. h. die Beziehung zu einem Subjekt für die Charakterisierung der Angriffsobjekte wesentlich ist. Wenn wir dieses subjektive Moment verselbständigen können, werden wir den zweiten Begriff finden, der alles Verletzbare umfasst. Auch diese Untersuchung wird uns auf ein bekanntes und anerkanntes Ergebnis hinführen. Es liegt mir hier daran, alte Einsichten zu entwickeln.

Um irgendwelche Beziehungen eines Subjektes zu Dingen, Zuständen, Ereignissen u. s. w. aufzufinden, müssen wir den Blick auf die psychische Natur des Menschen lenken, wir müssen in seinem Seelenleben suchen. Die Psychologie unterscheidet drei Seelenvermögen oder besser drei Funktionen des geistigen Lebens: Vorstellen, Wollen, Fühlen. Vorstellungen und Wollungen — das Wort ist hässlich, aber gut — sind unverletzbar. Der Angriff auf einen Gedanken oder auf einen Willensakt, etwa auf einen Entschluss, kann bewirken, dass derselbe aufgegeben wird, aber er ist nicht ein Angriff, der zu einer Verletzung führt. Verletzbar sind nur Gefühle. Es ist uns geläufig, von verletzten Gefühlen zu sprechen. Unser ästhetisches Gefühl ist Verletzungen ausgesetzt, Taktlosigkeiten verletzen unser Taktgefühl, gegen eine rohe That lehnt sich das Gefühl auf und bekundet in seiner Empörung, dass es verletzt worden ist, — so manches thut uns in der Seele weh. Aber es sind nicht alle Gefühle verletzbar. Der Indifferenzpunkt des Gefühlslebens, die Gleichgültigkeit, ist z. B. unverletzbar; jedoch könnte ein Gefühl, das die Gleichgültigkeit als etwas Wertvolles hegt und pflegt, verletzt werden. Es giebt ferner Gefühle, deren Beeinträchtigung man weit eher als Befreiung wie als Verletzung empfindet. Es ist eine Erlösung, wenn eine frohe Botschaft die Wehmut, unter der jemand leidet, zerstört; wer aber seine Wehmut liebt, ist in seinen Gefühlen

verletzt, wenn lustige Gesellen ihn aufzuheitern suchen. Auch für die Gefühle gilt unser Satz: nur etwas Wertvolles kann verletzt werden; es sind also nur diejenigen Gefühle verletzbar, die für den Fühlenden wertvoll sind. Diese Gefühle sind nun identisch mit den Gefühlen, die die Erreichung eines Zweckes erstrebenswert erscheinen lassen, — sie sind Interessen. (Vgl. oben S. 55). Meine Freude an etwas ist ein Gefühl, das ich schätze, sie ist daher auch ein Gefühl, das mir die Erhaltung des Etwas erstrebenswert erscheinen lässt und ist somit ein Interesse.

Interesse ist der zweite Begriff, dem sich alles Verletzbare unterordnet. Viele Interessen sind nun von der Rechtsordnung anerkannt. Es giebt also eine Gruppe rechtlich anerkannter Interessen, oder da die Anerkennung zugleich Schutz der Interessen ist, eine Gruppe rechtlich geschützter Interessen.

Interessen sind das Angriffsobjekt der Verletzungen — rechtlich geschützte Interessen das der Rechtsverletzungen.

Es wäre nun ermüdend und wohl auch unnötig, nochmals an Beispielen auszuführen, dass in der That der Begriff des rechtlich geschützten Interesses die Angriffsobjekte der Rechtsverletzungen charakterisiert. Nur über das Verhältnis von Gut und Interesse sind noch einige Worte beizufügen.

Es ist von ganz untergeordneter Bedeutung, ob ich etwas Wertvolles als Gut oder Interesse bezeichne. Ich hebe jedesmal diejenige Qualität des Dings oder des Zustandes hervor, die die Einwirkung auf das Objekt als Verletzung erscheinen lässt. Und wenn ich das Objekt mit seiner für die Verletzbarkeit wesentlichen Eigenschaft identifiziere, das Leben mit dem Wert des Lebens, erscheint das Gut oder das Interesse als das unmittelbar Angegriffene. Die untergeordnete Verschiedenheit zwischen Gut und Interesse, die wir eingeräumt haben, besteht darin, dass das wertvolle Etwas entweder mehr als ein selbständiger, von den Gefühlen des Individuums unabhängiger Wert, d. h. als Gut oder mehr als ein an die Psyche des Individuums gebundener Wert, d. h. als Interesse gedacht werden kann. Daher ist es uns auch geläufiger, materielle Angriffsobjekte,

(Sachen, Körper) als Güter, immaterielle (Ehre, Freiheit, Frieden) als Interessen aufzufassen.

Diese Modifikationen der Betrachtungsweise sind, wie gesagt, unerheblich. Infolgedessen ist auch der Satz, Rechtsgüter sind rechtlich geschützte Interessen, richtig, — richtig insofern, als jedes Objekt, das als Rechtsgut zu bezeichnen ist, auch als rechtlich geschütztes Interesse aufgefasst werden kann; es wird ja beide Mal nichts anderes behauptet, als dass das Objekt rechtlich anerkannten Wert hat. Unrichtig ist es aber, in dem Satze, Rechtsgüter sind rechtlich geschützte Interessen, eine Definition des Rechtsgutes zu erblicken. Das wäre teils eine Erklärung von idem per idem, teils eine Erläuterung eines ignotum per ignotius. Wenn ich jemandem erklären will, was ein Rechtsgut ist, so muss ich ihm sagen: Ein Rechtsgut ist ein nach der Ansicht der Rechtsordnung wertvolles Etwas. (Vgl. oben S. 65).

Durch all diese Untersuchungen sollte das Wesen der Rechtsverletzungen und hiermit zugleich das Verhältnis zwischen Volk und Rechtssatz geklärt werden. Wir wissen nun: Rechtsverletzungen sind Verletzungen von Gütern oder Interessen, die vom Leben erzeugt und von den Rechtsnormen anerkannt werden. Den Befehl, diese Güter oder Interessen nicht zu verletzen, erteilt die Kulturnorm dem Volk; den Befehl, die Rechtsgüterverletzung zu heilen oder zu bestrafen, erteilt die Rechtsnorm dem Richter. Die Funktion der Rechtsordnung ist also lediglich die, aus Gütern Rechtsgüter zu machen und den Schutz der Rechtsgüter zu garantieren.[16])

„Interessenschutz ist das Wesen des Rechts.“ *(von Liszt.)*

Das Wesen der Rechtsverhältnisse, der Rechtspflichten, der

---

[16]) **Nach den Ausführungen dieses Kapitels ist unsere Stellungnahme zu der von Thon, Zitelmann, Schuppe, Bierling, Grueber, Hold von Ferneck, teilweise auch von Merkel und Bergbohm vertretenen Imperativentheorie klar. Das objektive Recht ist allerdings ein System von Imperativen, aber diese Befehle sind nicht an das Volk gerichtet. — Eine eingehende Würdigung und Verteidigung der Imperativentheorie neuerdings bei Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit I (1903) S. 104 ff.**

subjektiven Rechte und der Rechtsverletzungen hat sich erklären lassen, und die Rechtsnormen haben nicht als Befehle an das Volk aufgefasst werden müssen. Die vier Repräsentanten der Beziehungen zwischen dem Volk und den Rechtssätzen, denen wir näher getreten sind, sind vier Zeugen dafür, dass die Rechtsnormen nach aussen hin als Garantien wirken. Und wir sind — dies möchte ich wiederum besonders betonen — nicht genötigt gewesen, unsern Standpunkt durch neue Konstruktionen zu wahren, wir haben, wenn nicht auf Schritt und Tritt, so doch der Grundrichtung nach alten und bewährten Ansichten folgen können. Es ist in der That kein Grund vorhanden, an der altüberlieferten Fiktion, das Gesetz befehle dem Volk, festzuhalten!

Zweiter Teil.

Der Erkenntniswert der Theorie.

Vorbemerkung über die Richtigkeit von Theorien.

Eine juristische Konstruktion oder, wie man zu sagen pflegt, „eine Theorie“, die in sich widerspruchsfrei ist, die sich ferner weder mit Anordnungen des geltenden Rechtes, noch mit Thatsachen des Rechtslebens in Widerspruch setzt, ist deswegen noch nicht im vollen Sinne des Wortes „richtig“. Die Konstruktion kann alle die genannten Eigenschaften haben und doch bloss eine Wahrheit sein, mit der man nichts anfangen kann, eine Wahrheit, die zu nichts gut oder die gar unrichtig ist. Um richtig zu sein, muss eine Theorie Erkenntniswert haben d. h. wertvoll sein für die Erkenntnis gegebener Erscheinungen; sie ist um so richtiger, je mehr sie in dieser Beziehung leistet. Und da die theoretische Jurisprudenz in letzter Linie der Rechtsanwendung dient, muss man juristische Konstruktionen nach ihrem praktischen Erkenntniswert, d. i. nach dem Wert, den sie als anwendbare Erkenntnisse haben, einschätzen. Allzuoft vergisst unsere Wissenschaft, dass sie Prinzipien aufstellen soll, die nicht nur ihre Wahrheit, sondern auch ihre Richtigkeit haben, [1])

[1]) Ein Beispiel, welches mir besonders nahe liegt, ist die Theorie, die ich in meinem „Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg“ (1899) vertreten habe. Die „Generationen,“ die ich dort aufgestellt habe, sind, ich bin auch heute noch davon überzeugt, logisch nicht zu beanstanden, aber sie leisten der Rechtsprechung schlechte Dienste; die Theorie ist unpraktikabel, — Birkmeyer hat ihr in seiner Encyclopädie (S. 1042) mit vollem Recht diesen Vorwurf gemacht, — unpraktikabel und somit unrichtig.



Prinzipien, die für die Gedanken und Bethätigungen des Juristen eine Richtschnur sind, — sie vergisst, dass sie eine normative Wissenschaft sein soll.

So ist z. B. einer grossen Anzahl von Definitionen die Aufgabe gestellt, unmittelbar anwendbare Kriterien für die Entscheidung praktischer Fälle zu geben; (man denke etwa an den Begriff des Vorsatzes, der Urkunde, des Anfanges der Ausführung etc.); wenn derartige Begriffe, wie es häufig geschieht, so definiert werden, dass die Begriffsbestimmung dem Richter keinerlei Unterstützung für die Rechtsprechung gewährt, so ist die Aussage unrichtig, auch wenn sie nichts Falsches enthält. Andere Begriffsbildungen, die nicht den Zweck haben, unmittelbar die Lösung praktischer Fälle zu sichern, müssen um nichts weniger normativ sein; sie sind mit der Aufgabe betraut, die Gedanken, die für eine grössere oder kleinere Gruppe von Entscheidungen massgebend sind, zu entwickeln und zu ordnen. Diese Aufgabe besteht für allgemeine Konstruktionen, die etwa das Wesen der Strafe, des Unrechts oder des Gesetzes darzustellen suchen. Sie sollen mittelbar praktischen, unmittelbar theoretischen Erkenntniswert haben, sie sollen Licht bringen in diejenige intellektuelle Sphäre, aus der die Bethätigungen des Juristen entspringen, sie sollen fruchtbare Wahrheiten sein.[2])

Dieser Teil unternimmt es, den Erkenntniswert der Anschauungen, die in den vorangehenden Abschnitten dargestellt worden sind, klar zu legen. Was leistet die Theorie, die in den Staatsorganen die einzigen Adressaten der Staatsgesetze erblickt, — das ist die Frage, die hier beantwortet werden soll. Die Antwort wird unvollständig sein; sie zieht nur einige, die am besten geeigneten Probleme des Strafrechts in ihren Kreis.[3]) Es ist aber ohne weiteres einzusehen,

[2]) **Bergbohm**, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie (1892), hat nachdrücklich darauf hingewiesen, dass „die specifisch juristische Fruchtbarkeit" der obersten Rechtsbegriffe „der gründlichsten kritischen Feststellung" bedarf (S. 89).

[3]) Die Probleme der Strafrechtstheorien sind zu sehr umstritten, als dass es geraten sein könnte, an ihnen eine Theorie zu erproben. Ich möchte aber nochmals ausdrücklich darauf hinweisen, dass die hier vertretene Auffassung der Strafgesetze ein starkes Argument für die Idee der Specialprävention ist. (Vgl. auch oben S. 44 ff.) F. von Liszt, der am entschiedensten für die Specialprävention eingetreten ist, hat auch stets die garantierende Funktion der Strafgesetze d. h. ihren Charakter als Entscheidungsnormen auf das stärkste betont.

dass die Art und Weise, wie man über das Wesen des Strafgesetzes denkt, alle oder fast alle Lehren des Strafrechtes beeinflusst. Und wenn man die aufgestellte Lehre, wie es mir richtig erscheint, für alle Gesetze festhält, so wird sich dieselbe wohl wie im Strafrecht so in den andern Disziplinen brauchbar erweisen, wofür der erste Teil der Abhandlung wohl einige Beispiele gegeben hat.

Erstes Kapitel.

Ignorantia legis nocet.

I. Die Juristen sind geneigt, den Sinn dieses römischen Satzes durch den Grundsatz, „jeder Rechtsirrtum ist unentschuldbar,“ wiederzugeben. Bei der Vieldeutigkeit des Begriffes Rechtsirrtum ist aber nicht ohne weiteres ersichtlich, ob hiermit eine richtige Behauptung aufgestellt ist und ob die Bedeutung der römischen Parömie getroffen ist. Dagegen kommt in der vulgären Auslegung der (strafrechtliche) Sinn des Satzes eindeutig und zutreffend zum Ausdruck: „Unkenntnis des Gesetzes schützt nicht vor Strafe“. In dieser Formulierung lebt die Regel im Rechtsbewusstsein des Volkes und ist geltendes, richtiges Recht. Aber dem Laien und oft auch dem Juristen bereitet der Grundsatz ein Unbehagen, man empfindet ihn als ungerecht und doch wiederum als unentbehrlich.

Die Ungerechtigkeit des Grundsatzes mag man mit *Simmel* (Einl. in die Moralwissenschaft I, 260 u. 261) damit begründen, „dass von einer Verpflichtung in dem Sinne, dass ihre Verletzung eine Schuld ist, nur insoweit die Rede sein kann, als jene Verpflichtung bewusst psychologisch vorhanden ist. Wer sich keiner Verpflichtung bewusst ist, kann sie auch nicht schuldvoll verletzen“. Und um darzuthun, dass trotzdem die Regel, Unkenntnis des Gesetzes schützt nicht vor Strafe, aufrecht erhalten werden muss, fährt man mit *Simmel* fort, „dass andernfalls dem Uebelthäter ein höchst dehnbarer und schwer widerlegbarer Vorwand gegeben wäre, und dass vermittelst der durchgängigen Bestrafung der That

dafür gesorgt wird, die Kenntnis des Gesetzes möglichst allgemein zu machen.“ Diese Argumentation verzichtet bewusster Massen darauf, den Grundsatz zu rechtfertigen; sie empfiehlt, es als eine Thatsache hinzunehmen, dass Kollisionen zwischen den sittlichen und praktischen Forderungen, die wir an das Strafrecht stellen müssen, unvermeidlich sind.

Es wäre schlimm, wenn das Strafrecht diesen Vorwurf nicht zurückweisen könnte; die Geltung des Prinzips, das auf das strengste gewahrt werden soll, „keine Strafe ohne Schuld,“ würde erheblich beeinträchtigt werden. Aber nur solange man die Strafgesetze als eine an das Volk gerichtete Pflichtenlehre auffasst, erscheint der in Frage stehende Grundsatz unentbehrlich und ungerecht, von unserem Standpunkt aus ist kein Widerspruch zwischen den praktischen und sittlichen Forderungen vorhanden.

Es ist der Normalfall, dass der Angeklagte das Strafgesetz nicht gekannt hat; und es ist auch normal, dass ein Verurteilter die Berechtigung seiner Bestrafung nicht deswegen bezweifelt, weil er das Gesetz nicht gekannt habe. Es ist also als eine Ausnahme anzusehen, dass sich jemand auf seine durchaus natürliche, normale Gesetzesunkenntnis beruft, um sich zu entschuldigen. Für diesen Ausnahmefall gilt der Grundsatz ignorantia legis nocet; er weist die Entschuldigung ab. Die Regel kommt somit nur zur Anwendung, wenn mit dem Einwand, „ich habe das Gesetz nicht gekannt“, in der That nur das behauptet wird, was die Worte besagen, also etwa: „ich habe nicht gewusst, dass das Gericht gegen Thaten dieser Art strafend einschreitet, es ist mir unbekannt gewesen, wie unsere Gesetze Handlungen wie die meinige einschätzen.“ In dieser Entschuldigung wird nicht im geringsten Unkenntnis der verletzten Pflichten geltend gemacht, sondern lediglich Unkenntnis der gesetzlichen Beurteilung der Pflichtverletzung. Mit Fug und Recht schützt diese Unkenntnis nicht vor Strafe. Höchstens auf Grund opportunistischer, nicht aber auf Grund sittlicher Erwägungen könnte etwas dagegen eingewendet werden, dass jemand, der bewusst seine Pflichten verletzt hat, so zur Rechenschaft gezogen wird, wie es seinem Richter, dem Staat, angemessen erscheint, und nicht in der Weise, die ihm, dem Delinquenten, vorgeschwebt hat. — Somit ist es gerecht, den Satz ignorantia legis nocet anzuwenden, weil und soweit

Unkenntnis des Gesetzes nicht gleichbedeutend ist mit Unkenntnis der Verpflichtungen. Dass aber die Unterthanen ihre rechtlich relevanten Pflichten regelmässig kennen, auch ohne über die Gesetze Bescheid zu wissen, das erklärt sich aus der Uebereinstimmung der Rechts- und Kulturnormen. Der Gedanke, der uns die verbindliche Kraft der Gesetze ganz allgemein erklärt hat, lässt uns dieselbe einsehen auch für den Ausnahmsfall, dass sich ein Beschuldigter mit seiner Gesetzesunkenntnis entschuldigen zu können glaubt.

Es empfiehlt sich, diese Ausführungen nochmals in andrer Form vorzutragen:

Der in Frage stehende Grundsatz wird stets befremdend und ungerechtfertigt bleiben, wenn man von der Fiktion einer allgemeinen Gesetzeskenntnis ausgeht und folglich den Grundsatz als einen Bestandteil dieser Fiktion ansieht; dann wird man stets in der Meinung befangen bleiben, die Unkenntnis der Rechtsnormen sei zugleich Unbekanntschaft mit denjenigen Normen, die thatsächlich unser Leben regeln, den Kulturnormen. Geht man aber von der Thatsache allgemeiner Gesetzesunkenntnis aus, so ist der Satz, Unkenntnis des Gesetzes schützt nicht vor Strafe, fast nichtssagend; er formuliert dann nur für den speziellen Fall, dass sich jemand auf diese Unkenntnis beruft, das Prinzip, nach welchem die Gesetze überhaupt nicht an das Volk adressiert sind. Und die einzige Frage, für die bei dieser Auffassung des Gesetzes und der Gesetzesunkenntnis Raum bleibt, ist die allgemeine, auf welchem Grunde die Verbindlichkeit der Gesetze beruht.[1]) Sie ist beantwortet.

II. Die erste Erprobung unserer Theorie hat uns mitten in

[1]) Diese Ausführungen stimmen vollkommen überein mit Gierke, Deutsches Privatrecht I (1895) S. 134: „Sobald das Gesetz in Kraft getreten ist, verbindet es jedermann, auf den sich seine Herrschaft erstreckt. Gleichgültig ist, ob der Einzelne wirklich von ihm Kenntnis erlangt hat oder auch nur erlangen konnte, ob er es richtig verstanden, ob im Gedächtnis bewahrt hat. In diesem Sinne gilt der römische Satz „ignorantia iuris nocet“ auch heute und ist unentbehrlich. Seine Grundlage ist nicht etwa eine Fiktion allgemeiner Gesetzeskenntnis, sondern der Gedanke, dass im Gesetzesrecht nur in Worte gefasst ist, was im Rechtsbewusstsein eines Jeden lebt oder leben sollte.“

die strafrechtliche Irrtums- und Schuldlehre geführt. In dieser vielumstrittenen Materie findet noch eine ganze Reihe von Problemen eine, wie ich glaube, befriedigende Lösung, wenn man den Weg, den wir hier eingeschlagen haben, weiter verfolgt. Wenigstens auf einige Punkte möchte ich noch aufmerksam machen.

1. Zunächst ergiebt sich unmittelbar aus den vorangehenden Erörterungen, dass Unkenntnis der Kulturnormen vor Strafe zu schützen vermag. Der Irrtum über Rechtsnormen (Gesetze) ist stets irrelevant, der Irrtum über Kulturnormen kann relevant sein. Wenn nämlich das Postulat, keine Strafe ohne Schuld, nicht zur Phrase herabsinken soll, wenn wir nicht zur reinen Erfolgshaftung zurückkehren wollen, dann müssen wir festhalten an dem Satze: „Wer sich keiner Verpflichtung bewusst ist, kann sie auch nicht schuldvoll verletzen“. Das Bewusstsein, in irgend einer Weise verpflichtet zu sein, ist somit Voraussetzung dafür, schuldhaft die Pflichten verletzen zu können d. h. ein zur Schuld zurechenbares Delikt zu begehen. Das Bewusstsein, verpflichtet zu sein, ist aber identisch mit Kenntnis der Kulturnormen, denn diese sind es, die dem Individuum seine Pflichten auferlegen und bekannt geben. Wir ersetzen daher unsern Satz, „der Irrtum über Kulturnormen schützt vor Strafe“, durch die in der Sache übereinstimmende und in der Schuldlehre geläufigere Regel, „der Irrtum über Verpflichtungen schützt vor Strafe“. Bevor wir diese Regel soweit erläutern können, dass sie unmittelbar praktisch anwendbar wird, — sie ist es noch nicht, — müssen wir eine Bemerkung einschalten über die systematische Stellung, die die Irrtumslehre im Strafrecht einnimmt. Unsere Erörterung wird hierdurch in ein glatteres Fahrwasser gelenkt werden.

Mit wachsender Entschiedenheit, aber nicht ausreichender Folgerichtigkeit wird die Irrtumslehre als Darstellung der Schuldlehre von der negativen Seite aus aufgefasst.[2]) Die entscheidende Frage ist: „Welche Momente der That müssen vom Bewusstsein umfasst werden, damit die That zur Schuld zugerechnet werden kann. Stellt man die Frage in der bequemeren negativen Form, welchen Einfluss der Irrtum auf die Zurechnung habe, so kann sich damit an ihrem Sinne nichts ändern“. (*Kohlrausch* l. c.)

---

[2]) **Frank, Kommentar zum St.-G.-B. (3. und 4. Aufl. 1903) § 59, V; Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff I (1903) S. 7.**

Es darf somit in einer Irrtumslehre, die sich an die Entwicklung des Schuldbegriffes und der Schuldarten anschliesst, nichts Neues vorkommen. Jede in der Lehre vom Irrtum neu auftauchende Einsicht ist ein Beweis dafür, dass in der Darstellung der Begriffe Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit etwas versäumt worden ist. Eine vollständige und brauchbare Dolus- und Kulpalehre macht die Irrtumslehre überflüssig, macht aus ihr einen Luxus, dem man sich nur aus didaktischen Gründen hingeben darf. Halten wir an dieser unselbständigen oder sekundären Bedeutung des Irrtums im Strafrecht fest, so ist die Stellungnahme zur Schuldlehre für die Weiterführung der angeschnittenen Probleme präjudiziell. Da ich an anderer Stelle dieser Hauptfrage, die hier als Vorfrage erscheint, nachgegangen bin,[3]) kann ich hier die Aufgabe, so wie sie nunmehr gestellt ist, in Angriff nehmen, (soweit es den Zwecken dieser Studie entspricht).

Ich nenne im Strafrecht diejenige Handlung schuldhaft, von der der Satz gilt: *Sie ist eine pflichtwidrige Willensbethätigung, die einen rechtswidrigen Erfolg zur Wirkung hat.* Die vorsätzliche und die fahrlässige Handlung stimmen darin miteinander überein, dass sie schuldhafte Handlungen sind; sie unterscheiden sich, (wovon hier abgesehen werden soll), nach den psychischen Beziehungen des Thäters zum rechtswidrigen Erfolg. Unmittelbar aus der Definition der schuldhaften Handlung folgt, dass eine nicht-pflichtwidrige Bethätigung nicht zur Schuld, und zwar weder zum Vorsatz, noch zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden kann. Die Gründe, die die Pflichtwidrigkeit einer Handlung ausschliessen, sind mannigfach; sie können u. a. im Bewusstseinsinhalt des Thäters gelegen sein.

2. So stehen wir vor der Frage, mit der wir die vorher abgebrochene Erörterung wieder aufnehmen: Welcher Bewusstseinsinhalt muss im Moment der Willensbethätigung beim Handelnden gegeben gewesen sein, wenn die Behauptung, die Handlung ist pflichtwidrig, zutreffend sein soll? Oder m. a. W.: Wie muss das Bewusstsein des Thäters beschaffen sein, um eine Zurechnung zur Schuld (gleichviel ob zum Vorsatz oder zur Fahrlässigkeit) gerechtfertigt erscheinen zu lassen?

Die Zurechnung ist zweifellos berechtigt, wenn der Handelnde

---

[3]) **Die schuldhafte Handlung und ihre Arten (1901) S. 102 ff.**

seinen Willen mit dem Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit bethätigt hat, d. h. wenn er bewusst gerade die Pflichten verletzt hat, die er hätte achten sollen. In diesem Falle kann die Handlung sowohl zum Vorsatz als zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden; welche Schuldart im einzelnen Falle vorliegt, das entscheidet sich nach Erwägungen, die uns hier nichts angehen. Man wird Zweifel hegen, ob die bewusst pflichtwidrige Handlung auch fahrlässig sein kann; der Zweifel kommt daher, dass man die bewusst fahrlässige Handlung zu übersehen pflegt. Ein Bauernknecht betritt nachts mit unverwahrtem Licht die Scheune, um irgend eine Hantierung, die er unter Tags vergessen hat, nachzuholen; die Kultur, in der er lebt, hat ihm die Norm, in Scheunen mit Licht vorsichtig zu sein, eingeschärft; er kennt diese Norm, denkt auch während seines Thuns an dieselbe, aber er rechnet darauf, dass seine Unvorsichtigkeit keine bösen Folgen haben werde. Ein Luftzug und die Scheune steht in Flammen. Der Knecht hat mit dem Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit gehandelt, aber sich doch nur einer fahrlässigen Brandstiftung schuldig gemacht.

Wir schreiten fort und fragen uns: Ist die Zurechnung nur dann berechtigt, wenn der Handelnde seinen Willen mit dem Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit bethätigt hat oder geht diese Voraussetzung nicht vielmehr zu weit? Doch, sie verlangt zu viel; wir können, ohne ungerecht zu werden, die Bedingungen der Zurechnung weiter fassen und wir müssen es, um diejenige Strenge der Rechtspflege zu wahren, die für einen wirksamen Schutz der Rechtsgüter unentbehrlich ist. Es ist berechtigt, eine Handlung als pflichtwidrig zu charakterisieren, auch wenn der Handelnde es versäumt hat, sich über die Pflichten, die er hätte achten sollen, zu unterrichten. Er hätte sich über seine Pflichten vergewissern können und sollen und hat es nicht gethan; er hatte die Möglichkeit, sich seiner Pflichtwidrigkeit bewusst zu werden, und hat sie ungenutzt gelassen. Seine Pflichtwidrigkeit liegt in der Nachlässigkeit oder Gleichgültigkeit, mit welcher er Normen, die ihn angehen, behandelt hat. Die Zurechnung ist somit berechtigt, auch wenn für den Handelnden die Möglichkeit des Bewusstseins der Pflichtwidrigkeit bestanden hat, denn auch unter dieser Voraussetzung ist seine Handlung pflichtwidrig.

Und auch in diesem Falle kann das Delikt sowohl zum Vorsatz als zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden.[4]) Hier wird man Zweifel hegen, ob eine Handlung, die ohne das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit vorgenommen wird, zum Vorsatz zugerechnet werden kann. Der Zweifel kommt daher, dass man das Bewusstsein der Umstände, die zum gesetzlichen Thatbestand gehören, nicht gehörig scheidet von dem Bewusstsein der Umstände, die der Handlung ihren Wert oder Unwert verleihen. Seine That kennen heisst noch nicht seine That richtig einschätzen.[5]) Für das vorsätzliche Handeln ist allerdings erforderlich, dass sich der Delinquent der gesetzlichen Thatumstände bewusst ist,[6]) nicht aber, dass er sich der

[4]) Unrichtig sind die Ausführungen auf S. 114 meiner „Schuldhaften Handlung,“ woselbst das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit (statt der Möglichkeit desselben) als Erfordernis des dolosen Handelns bezeichnet wird; richtig aber ebenda S. 118/119 (die unterste Grenze der Schuldhaftigkeit) und dazu S. 184.

[5]) Die beiden in Frage stehenden Beziehungen des Thäters zu seiner That werden scharf auseinander gehalten von Kohlrausch l. c. vgl. bes. S. 19 ff.

[6]) Obwohl Kohlrausch „das Bewusstsein des Thäters von der äusseren Begebenheit“ und „den vom Thäter an die That angelegten Masstab“ nicht verwechselt, (siehe die vorige Anmerkung), hat er eine Stelle meiner Schuldhaften Handlung (S. 115), der diese Unterscheidung zu Grunde liegt, falsch verstanden. Kohlrausch meint (S. 17 Anm. 1), dass ich im Anschlusse an Merkel die allerdings „unbegreifliche“ Lehre vertreten habe, dass nur die unverschuldete Unkenntnis von Thatumständen die Zurechnung zum Vorsatz ausschliesse. Ich habe es ebensowenig gethan wie Merkel (Lehrb. S. 68). Vielmehr führe ich an der in Frage stehenden Stelle lediglich dies aus, dass es mit dem geltenden Recht (§ 59) in Einklang steht, die Möglichkeit des Bewusstseins der Pflichtwidrigkeit für die Zurechnung zur Schuld zu fordern. Da nämlich nach § 59 Abs. 2 eine unverschuldete Unkenntnis von Thatumständen die Zurechnung zur niedersten Schuldart d. h. zur Fahrlässigkeit hindert, kann eine Zurechnung überhaupt nicht eintreten, wenn diese unverschuldete Unkenntnis vorliegt. Und nun frägt sich, welche Unkenntnis ist unverschuldet; darauf habe ich mit Merkel geantwortet: Diejenige, die nicht aus pflichtwidrigem Verhalten entsprungen ist. Die Ausführungen bedeuten also lediglich dies: Da das Gesetz (im § 59 Abs. 2) erkennen lässt, dass es nur ein pflichtwidriges Verhalten zur Fahrlässigkeit zurechnen will, kann um so viel mehr die Zurechnung zum Vorsatz auch nur erfolgen, wenn das Verhalten pflichtwidrig gewesen ist. Dass aber ausserdem noch verschuldete Unkenntnis vom Thatumständen die Zurechnung zum Vorsatz hindert, das ist weder bei Merkel (S. 68) noch bei mir (S. 115) in Frage gestellt; hiervon ist an den betr. Stellen überhaupt nicht die Rede. Dass Merkel nur so verstanden werden kann, geht besonders deutlich aus der Verweisung auf die §§ 56 und 58 hervor. Und wenn der Passus

Pflichtwidrigkeit seines Thuns bewusst ist. Seine Pflichtwidrigkeit kann auch beim vorsätzlichen Handeln gerade darin liegen, dass er sich seiner Pflichtwidrigkeit nicht bewusst geworden ist. Die Handlung, die zum Vorsatz zugerechnet werden soll, muss also objektiv und subjektiv, aber nicht bewusst pflichtwidrig sein; sie unterscheidet sich in dieser Beziehung prinzipiell durchaus nicht von der fahrlässigen Handlung, — womit nicht verkannt wird, dass die vorsätzlichen Delikte meistens vom Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit begleitet werden, während die fahrlässigen meistens nur pflichtwidrig sind, weil es dem Thäter möglich gewesen wäre, einsichtiger und vorsichtiger zu Werk zu gehen.

Man erlaube mir, weil ich restlos deutlich sein möchte, eine Wiederholung: Eine Handlung kann zum Vorsatz zugerechnet werden, nur wenn die spezifischen Merkmale dieser Schuldart, von welchen wir hier absehen, vorliegen und wenn ausserdem folgende zwei — die logisch primären — Voraussetzungen erfüllt sind. Die Handlung muss erstens objektiv und subjektiv pflichtwidrig sein, weil sie sonst überhaupt nicht schuldhaft wäre; sie ist schon dann subjektiv pflichtwidrig, wenn der Handelnde die ihm zugängliche Möglichkeit, sich seiner Pflichtwidrigkeit bewusst zu werden, nicht ergriffen hat; sie ist es um so mehr, wenn der Handelnde bewusst pflichtwidrig gehandelt hat. In dieser Beziehung — es ist die Beziehung des Thäters zu den Kulturnormen — steht also das scire potuisse ac debuisse dem scivisse gleich. Für die Handlung, die zum Vorsatz zugerechnet werden soll, besteht zweitens die Voraussetzung, dass der Thäter die Umstände, die den gesetzlichen Thatbestand ausmachen, gekannt haben muss. (Wir haben es hier nicht etwa mit einem Spezifikum des Dolus zu thun, denn auch der bewusst fahrlässig Handelnde kennt die Thatumstände.[7]) In dieser Beziehung

in der Schuldhaften Handlung (S. 115) zu wenig ausführlich ist, so geht doch aus der ihm folgenden Seite deutlich hervor, dass ich von der feststehenden Lehre, nach der jedwede Unkenntnis von gesetzlichen Thatumständen die Zurechnung zum Vorsatz ausschliesst, nicht abgewichen bin. — Diese Berichtigung schien mir nötig, hauptsächlich um den einzigen gesicherten Grundsatz der Irrtumslehre vor der Gefahr, kontrovers zu erscheinen, zu bewahren.

[7]) Spezifisch ist für den Vorsatz lediglich die Rolle, die die Kenntnis der Thatumstände (= die Vorstellung vom rechtswidrigen Erfolg)

— es ist eine Beziehung des Thäters zum rechtswidrigen Erfolg — genügt nur das scivisse. Ich brauche nicht hinzuzusetzen, dass auch für den indirekten Dolus (dolus eventualis) Kenntnis der Thatumstände erforderlich ist.

Wir gelangen somit zu folgendem Resultat: Um eine Handlung zur Schuld (zum Vorsatz oder zur Fahrlässigkeit) zurechnen zu können, muss man feststellen, dass die Handlung objektiv und subjektiv pflichtwidrig ist; sie ist subjektiv pflichtwidrig, wenn es dem Thäter zum mindesten möglich gewesen ist, seine Pflichtwidrigkeit zu erkennen. Diese Feststellungen enthalten Charakteristika, die aus den Beziehungen des Thäters zu den verletzten Kulturnormen entnommen sind und die für beide Schuldarten gleichmässig gelten, die ihren Gattungscharakter ausmachen. Wer die vorsätzliche und die fahrlässige Handlung in dieser fundamentalen Beziehung verschieden charakterisieren wollte, würde der Lehre, dass Dolus und Culpa die beiden Schuldarten sind, verwerfen müssen.

3. Nun ist keine Schwierigkeit mehr vorhanden, die Schuldlehre für die Irrtumslehre auszubeuten; wir betrachten unsere Ergebnisse von der negativen Seite: die Zurechnung zur Schuld ist ausgeschlossen, wenn die Willensbethätigung nicht pflichtwidrig ist; sie ist nicht pflichtwidrig, entweder aus dem (objektiven) Grunde, dass der Handelnde überhaupt gegen keine Kulturnorm verstossen hat, — diese Fälle sind für die Irrtumslehre belanglos, — oder aus dem (subjektiven) Grunde, dass es dem Handelnden unmöglich gewesen ist, sich seiner Pflichtwidrigkeit d. h. seines Verstosses gegen eine Kulturnorm bewusst zu werden. Diese Unmöglichkeit beruht stets auf einem Irrtum (Falsch- oder Nichtwissen) des Handelnden. Derselbe kann sich nun wieder mit oder ohne Pflichtwidrigkeit geirrt haben; sein Irrtum kann vermeidbar, d. h. schuldhaft oder unvermeidlich, d. h. unverschuldet sein. Ist der Irrtum schuldhaft, so ist es auch die Willensbethätigung; die Pflichtwidrigkeit liegt gewissermassen eine psychische Station weiter zurück, wie wenn der Thäter seinen Willen ohne Irrtum pflichtwidrig bethätigt hätte. Der vermeidbare Irrtum hebt also die Zurechnung nicht auf, denn die Handlung bleibt

bei der Hervorbringung der Willensbethätigung gespielt hat. Die Motive des Thäters sind das die Schuldarten konstituierende Moment.

pflichtwidrig und die Pflichtwidrigkeit bleibt, weil die Möglichkeit sie einzusehen nicht aufgehoben war. Ist dagegen der Irrtum unvermeidbar und darum unverschuldet gewesen, so entfällt die Pflichtwidrigkeit der Handlung und infolgedessen die Zurechnung. Wir gelangen somit zu dem einfachen Resultat: Die Zurechnung zur Schuld (in ihren beiden Arten) wird ausgeschlossen durch ein schuldloses Irren, durch welches es dem Thäter unmöglich geworden ist, die Pflichtwidrigkeit seiner Handlung zu erkennen.

Die Inhalte der Irrtümer, die die angegebene Unmöglichkeit herbeiführen können, sind unübersehbar oder — wenn hierin eine Uebertreibung liegt — doch äusserst mannigfach: Unkenntnis der in Frage kommenden Kulturnormen oder falsche Auffassung derselben, Unkenntnis der Eigenschaften eines Stoffes, Verwechslungen aller Art, auf Sinnestäuschungen beruhende Irrtümer, falsche Annahmen auf Grund von Geistes- oder Gedächtnisschwäche oder auf Grund irgend welcher krankhafter Zustände u. s. w. — jederlei Falsch- und Nichtwissen kann die Folge haben, dass es dem Handelnden unmöglich wird, sich bewusst zu werden, dass er einer Kulturnorm zuwider handelt. Die Zurechnung zum Vorsatz oder zur Fahrlässigkeit wird somit in diesen Fällen durch den Irrtum nur mittelbar ausgeschlossen, unmittelbar wird sie gehindert durch die Folge des Irrtums.[8]) Die Folge ist in allen Fällen die gleiche, es ist dem Thäter unmöglich geworden, sich seiner Pflichtwidrigkeit bewusst zu werden. Da also der Irrtum, der diese Wirkung hat, vielgestaltig ist, ist es gefährlich, ihm einen Namen zu geben. Es kann ein Irrtum über Kulturnormen sein, er ist es nicht immer; und nicht jeder Irrtum über Kulturnormen hat die Folge, auf die alles ankommt. Es wären also leicht Missverständnisse möglich, wenn man den Irrtum, von dem wir sprechen, unvermeidlichen Irrtum über die Kulturnormwidrigkeit (oder ähnlich) nennen wollte. Wir können auf die Namengebung aber um so mehr verzichten, weil wir unser Er-

---

[8]) Sehr beachtenswert ist die Unterscheidung von Birkmeyer (Eucyclopädie 1901, S. 1058 ff.) zwischen Richtungen und Arten des Itrtums. Die verschiedenartigen Irrtümer können eine Richtung haben und es kommt in der That in erster Linie auf die Richtung oder — wie der Text ausführt — auf die Folge des Irrtums an.

gebnis in einer leicht zu merkenden (m. E. auch gesetzlich verwertbaren) Regel formuliert haben.

4. Diese Formulierung deckt alle Fälle, in denen die Zurechnung zur Fahrlässigkeit infolge eines Irrtums des Thäters ausgeschlossen ist, sie deckt nur eine Gruppe von Fällen, in denen der Irrtum die Zurechnung zum Vorsatz hindert. Die Bestrafung wegen doloser Begehung ist ausserdem ausgeschlossen, wenn der Thäter infolge Irrtums einen Thatumstand, der zum gesetzlichen Thatbestand gehört, nicht gekannt hat. (§ 59 Abs. 1). Ob dieses Nicht- oder Falschwissen unverschuldet oder pflichtwidrig ist, bleibt ausser Betrachtung, in jedem Fall ist die Zurechnung zum Vorsatz unmöglich.

Warum hat der Irrtum über Thatbestandsmerkmale diese Wirkung?[9]) Die Frage kann nur durch Angabe eines Grundes beantwortet werden. Wer nicht weiss, was er thut, der handelt nicht vorsätzlich; die Kenntnis der Thatumstände ist zwar nicht das wesentliche Merkmal, aber doch die condicio sine qua non des vorsätzlichen Handelns; es wäre also psychologisch ungereimt, jemandem einen Thatumstand zum Vorsatz zuzurechnen, den er nicht gekannt hat. — Ferner trägt folgende Erwägung dazu bei, den § 59 Abs. 1 zu rechtfertigen, aber auch anzugreifen. Es ist im höchsten Masse wahrscheinlich, dass derjenige strafwürdig ist, der die verbotene Handlung begangen hat, ohne über einen Thatumstand zu irren, d. h. man darf praesumieren — dieses Wort im psychologischen Sinne, — dass jede wissentliche Verwirklichung eines gesetzlichen Thatbestandes pflichtwidrig ist; es ist eine Regel mit Ausnahmen, dass jemand, der einen Menschen tötet und dabei die gesetzlich relevanten Merkmale seines Thuns kennt, pflichtwidrig handelt. Hieraus ergiebt sich nun, dass der Gerichtshof häufig es nicht nötig hat, sich die Frage, ob es dem Thäter möglich war, seine Pflichtwidrigkeit zu erkennen, gesondert vorzulegen; die Frage ist häufig schon dadurch bejaht, dass es feststeht, dass der Thäter die Thatbestandsmerkmale gekannt hat, häufig, nicht immer. Der § 59 Abs. 1 enthält also für viele, viel-

[9]) Kohlrausch's Ausführungen (S. 32), veranlassen mich, die Frage aufzuwerfen. Die weitergehende, grundsätzliche Frage, warum ging das Strafrecht von der Erfolgs- zur Schuldhaftung über, glaube ich in der Schuldhaften Handlung S. 199/200 beantwortet zu haben.

leicht für die meisten Fälle alle Momente, auf die bei der Entscheidung des Falles unter rein praktischen Gesichtspunkten geachtet werden muss. Theoretisch bleibt es aber immer, praktisch nicht selten eine selbständige Frage, ob der Thäter, der alle Thatbestandsmerkmale gekannt hat, objektiv und subjektiv pflichtwidrig gehandelt hat. Hat er Kulturnormen verletzt? War es ihm möglich, sich seines Verstosses gegen ein Gesetz der Sitte oder der Sittlichkeit, des Verkehrs oder seines Berufes bewusst zu werden? Von der Anerkennung dieser Fragen ist die Gesundung unserer Schuld- und Irrtumslehre abhängig.[10][11] Auf diese Fragen verweist der § 59 nur unvollständig (in seinem zweiten Absatz, vgl. oben Anm 6), darin liegt sein grosser Fehler. Immerhin können Theorie und Praxis auch unter der Herrschaft des geltenden Gesetzes unsere Strafrechtspflege von der geradezu deplorablen Handhabung der Irrtums- und Schuldfrage befreien, wenn sie die Beziehungen des Thäters zu den Kulturnormen in ihre wohlbegründeten Rechte einsetzen; unser Gesetz steht nicht im Wege.

Es mag sein, dass sich die letzten Erörterungen schon zu weit vom Thema dieses Abschnittes entfernt haben; jedenfalls aber muss ich es mir versagen, auf die noch übrigen Fragen der Irrtumslehre einzugehen. Ich schliesse die erste Erprobung der Theorie, die ich in dieser Studie vertrete, indem ich die drei Grundsätze der Materie, die uns schliesslich doch nicht nur als Prüfstein gedient hat, zusammenstelle:

1. Der Irrtum über Rechtsnormen irgend welcher Art schützt nie vor Strafe. Ignorantia legis nocet.[12]

---

[10]) Die folgenden Kapitel werden dazu beitragen, die Behauptung des Textes zu erhärten.

[11]) Der gleiche Gedanke liegt dem Buche Kohlrauschs zu Grunde und kommt namentlich zum Ausdruck in der Formulierung (S. 187); „Es gilt von der strafbaren auf die strafwürdige Handlung zurückzugehen." Die Frage, aus welchen Momenten sich die Strafwürdigkeit einer Handlung ergiebt, hat Kohlrausch dem zweiten Teil seiner Ausführungen vorbehalten. Diese Studie lässt die Kulturnormen über die Strafwürdigkeit der Handlung entscheiden.

[12]) Der Irrtum über Civilrechtssätze kann vor Strafe schützen, aber nicht weil er Irrtum über ein Gesetz ist, sondern weil er dem zweiten Grundsatz unterfallen kann.

2. Der unverschuldete Irrtum, der es dem Thäter unmöglich macht, die Pflichtwidrigkeit seiner Handlung zu erkennen, schützt stets vor Strafe.

3. Der Irrtum über Thatumstände, die zum gesetzlichen Thatbestand gehören, schützt stets vor der für vorsätzliche Begehung angedrohten Strafe.

Zweites Kapitel.

Die Auslegung der Handlung und die Aufzeichnung der Kulturnormen.

I. Bei der Entscheidung eines jeden Strafrechtsfalles müssen die Beziehungen des Thäters zu den in Frage stehenden Kulturnormen geprüft werden, denn jedesmal muss sich das Gericht darüber klar sein, ob der Angeklagte schuldhaft gehandelt hat; die Schuldfrage kann aber nur unter Berücksichtigung dieser Beziehungen entschieden werden, was aus den vorangehenden Erörterungen ersichtlich ist. Die Strafurteile setzen infolgedessen nicht bloss eine Auslegung des Strafgesetzes, sondern auch eine Auslegung der konkreten Handlung voraus. Diese Interpretation der Handlung, die in unserer Strafrechtswissenschaft und wohl auch in der Strafrechtspflege vernachlässigt wird, hat zuzusehen, ob die Willensbethätigung, die den rechtswidrigen Erfolg herbeigeführt hat, objektiv und subjektiv pflichtwidrig ist. Die Auslegung der Handlung ist daher in erster Linie eine Auslegung von Normen der Moral oder des Anstandes, des allgemeinen oder eines speziellen Verkehrs u. s. w. also Auslegung von Kulturnormen, woran sich die Anwendung der zutreffenden Norm auf die konkrete Handlung anschliesst.[1]) Die in dieser Richtung anzu-

[1]) Es braucht kaum ausdrücklich betont zu werden, dass man den Wert einer Handlung nur beurteilen kann, wenn man den Handelnden d. i. seine Natur und seine Kultur sowie die psychische Thätigkeit, die seinem Verhalten zu Grunde liegt, kennt. Kriminalpsychologische Fertigkeiten sind somit unentbehrlich für die Auslegung der Handlung. Ich verweise auf die Kriminalpsychologie von Hanns Gross, die uns die psychische Thätigkeit des Richters und des Vernommenen vorführt und uns hierdurch in der Auslegung der Handlung unterrichtet. Es ist



stellenden Erwägungen stehen logisch vor der Subsumption der Handlung unter das Strafgesetz; sie sind in der Praxis meistens in der Feststellung des konkreten Thatbestandes enthalten und gehen somit auch zeitlich der Anwendung des Strafgesetzes voraus. In der Feststellung, dass der Angeklagte in seiner Geldnot die ihm anvertrauten Gelder seines Prinzipals zur Bezahlung von Spielschulden verwendet hat, spricht sich unmittelbar aus, dass er bewusst ihm wohlbekannte und allgemein anerkannte Pflichten missachtet hat.

Aber nicht jedesmal erledigt sich die Auslegung der Handlung ohne weiteres mit und in der Feststellung des Thatbestandes. Ein Bauer hat in seinem Garten einen 14jährigen Jungen beim Obstdiebstahl überrascht und ihn mit einigen derben Ohrfeigen gezüchtigt. Der Vater des Jungen beantragt die Bestrafung des Bauern. Der Thatbestand ist klar, klar ist es auch, dass der Bauer einen im Gesetz verpönten Erfolg herbeigeführt hat, fraglich ist es, ob der Bauer pflichtwidrig gehandelt hat. Nach meiner Ansicht ist seine Handlung nicht mal objektiv pflichtwidrig, denn es giebt weder nach unseren Sitten noch nach unserer Moral eine Norm, die das Verhalten des Bauern missbilligt. Diese Ansicht pflegt von Laien gutgeheissen, von Juristen zurückgewiesen zu werden. Dem Juristen fällt es nämlich sehr schwer, einzusehen, dass ein objektiver gesetzlicher Thatbestand ohne Pflichtwidrigkeit erfüllt werden kann, obwohl Notwehr- und Notstandshandlungen und manche andere Erscheinungen zur Genüge beweisen, dass es möglich ist. Viele Juristen würden geneigt sein, in unserem Beispielsfall geltend zu machen, dass der Thatbestand der Körperverletzung erfüllt ist und dass der Thäter die Thatbestandsmerkmale gekannt habe, oder etwa dass es keinen Paragraphen giebt, der dem Bauer ein Züchtigungsrecht einräumt; diese Argumentationen würden bekunden, dass die Frage, auf die es ankommt, überhaupt nicht erkannt ist. Nur über Kulturnormen kann man in unserem

---

aber nicht nur die Kriminalpsychologie, sondern die Kriminalanthropologie überhaupt die Grundlage für die Interpretation der Handlung; und über die Technik dieser Thätigkeit belehrt uns die Kriminalistik. Diesen Realien des Strafrechts, die von Gross so sehr gefördert worden sind, dass sie eine Wissenschaft für sich bilden, muss jeder Kriminalist, dem das Strafrecht nicht bloss die Wissenschaft von den Rechtsnormen ist, ebensoviel Aufmerksamkeit schenken als den Gesetzen.

Falle streiten und allenfalls behaupten, es sei nach den Anschauungen unseres Volkes verboten, fremde Kinder für irgendwelche Unarten zu züchtigen; der Bauer habe die Bestrafung des jugendlichen Diebes der Familie oder dem Staat überlassen müssen. Wenn dies richtig ist und wenn somit die Handlung objektiv pflichtwidrig ist, so bleibt nun doch die weitere Frage, ob der Bauer in der Lage gewesen ist, die Pflichtwidrigkeit seiner Handlungsweise einzusehen. Diese Frage ist, (wenn wir uns den Beispielsfall frei von singulären Umständen vorstellen,) zu verneinen; der Bauer ist also freizusprechen. Die meisten deutschen Gerichte würden ihn im Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsgerichtes verurteilen, eine Judikatur, die dem Grundsatze, keine Strafe ohne Schuld, Hohn spricht. — „Den bona fide Handelnden als vorsätzlichen Rechtsbrecher zu bestrafen, ist geradezu widersinnig und für das Rechtsgefühl unerträglich.“ *Beling* hat diesen Satz in seinen Grundzügen des Strafrechts (2. Aufl. 1902 S. 55) fett drucken lassen. Es ist in der That bittere Notwendigkeit, diesen Gedanken der Strafrechtspflege auf das eindringlichste einzuschärfen.

II. Die Kulturnormen, deren Auslegung die Grundlage ist für die Würdigung der Handlung, erreichen niemals die Präzision und die Geschlossenheit eines Systems von Rechtsnormen, aber sie bedürfen dieser Eigenschaften auch nicht. Das Gebot, du sollst niemanden betrügen, ist als Norm für das Volk genau genug gefasst, während die Anweisung an den Richter, unter welchen Voraussetzungen er einen Betrug bestrafen soll, präziser formuliert werden muss. — Indessen liegt oftmals auch in der Unbestimmtheit oder Lückenhaftigkeit der Kulturnormen ein Uebelstand. Wenn nämlich die kulturelle Tradition über Handlungen, die leicht einen rechtswidrigen Erfolg haben können, schweigt oder nicht deutlich genug spricht, so besteht die Gefahr, dass die im sozialen Interesse erforderliche strafrechtliche Reaktion oftmals daran scheitert, dass der Handelnde sich der Schuldhaftigkeit seines Thuns nicht hat bewusst werden können. Die Handlung würde der Bestrafung jedesmal entzogen sein, wenn das Individuum nach dem Stande seiner Kultur ihre Pflichtwidrigkeit nicht erkennen konnte. Der allgemeine Verkehr der Menschen untereinander, so weit er durch elementare Gebote geordnet ist, kommt hier nicht in Betracht, wohl aber spezielle Verhältnisse. Darf der Volksschullehrer

seine Schüler körperlich züchtigen? Unter welchen Voraussetzungen darf der Soldat von seiner Waffe Gebrauch machen? Wie soll sich der Schutzmann gegen den renitenten Betrunkenen, den er auf die Wache führen will, verhalten? Welche Vorsichtsmassregeln soll der Apotheker bei der Verwahrung und Abgabe von Giften beobachten? u. s. w. Brauch und Herkommen billigen wohl für diese und ähnliche Verhältnisse einige Verhaltungsweisen unbedingt, wie sie andere deutlich als unerlaubt kennzeichnen; aber die kulturelle Tradition ordnet diese Materien doch nur in ungenügender Weise. Sie bedarf einer Ergänzung oder auch einer Präzisierung und findet sie in den abstrakten Instruktionen, die den Inhabern des betreffenden Berufes schriftlich erteilt werden.

Die Instruktion kann in der Form einer Verordnung der vorgesetzten Behörde oder als Dienstvorschrift oder etwa auch als offiziell eingeführter Leitfaden der Verhaltungsmassregeln vorhanden sein; — in einer oder der anderen Form wird die Pflichtenlehre aufgezeichnet, von einer oder der anderen kompetenten Seite wird der Verpflichtete instruiert, wie er sich zu verhalten hat. Die schriftliche Instruktion wird oft durch mündliche Belehrungen ergänzt, sie ist bald mehr abstrakt, bald mehr kausuistisch abgefasst.

Wir lernen also in diesen Instruktionen geschriebene Kulturnormen kennen; dieselben nehmen im System der Kulturnormen eine ähnliche Ausnahmsstellung ein, wie im System der Rechtsnormen unserer Zeit die ungesetzten Rechtssätze. Die Thätigkeit nun, die wir Interpretation der Handlung genannt haben, stützt sich auf die geschriebenen Kulturnormen, jedesmal wenn solche vorhanden sind. Ob die körperliche Züchtigung, die stets dem objektiven Thatbestand der Körperverletzung unterfällt und in diesem Sinne stets (objektiv) rechtswidrig ist, dem Lehrer zurechenbar ist, das ist nur mit Rücksicht auf die dem Lehrer erteilten Instruktionen auszumachen.

Man könnte nun auf die Vermutung kommen, dass sich auch in unseren Strafgesetzen solche geschriebene Kulturnormen finden. Die Rechtssätze, die einen Schuldausschliessungsgrund statuieren, wie die Bestimmungen über Notwehr und Notstand, scheinen durchaus denselben Charakter zu haben wie etwa die Vorschrift,

die dem militärischen Wachposten erlaubt, unter Umständen von seiner Waffe Gebrauch zu machen. Diese Ansicht muss zurückgewiesen werden. Allerdings stimmen beide Arten von Normen ihrer materiellen Bedeutung nach insofern überein, als sie beide einen Schuldausschliessungsgrund enthalten. In unserer Untersuchung aber muss die formelle und principielle Verschiedenheit von Kultur- und Rechtsnormen auch in Ansehung der Schuldausschliessungsgründe gewahrt bleiben.

Diese Verschiedenheit tritt uns in mannigfaltigen Formen entgegen; wir machen dieselben übersichtlich, indem wir vier Gruppen bilden.

Erstens: Es giebt Schuldausschliessungsgründe, die in Rechtsnormen umgrenzt sind, als Kulturnorm aber nicht aufgezeichnet werden, z. B. Notwehr und Notstand. Zur Erläuterung dieses Satzes ist folgendes beizufügen: Die Bestimmung über Notwehr (§ 53 St.-G.-B.) ist so gut wie die über den Diebstahl eine Rechtsnorm und garnichts anderes; sie ist an den Richter adressiert und sagt ihm, unter welchen Voraussetzungen er zu einem freisprechenden Urteil gelangen soll. Und diese Rechtsnorm stimmt so gut wie jede andere überein mit einer Kulturnorm: das von der Moral gebilligte Gebot der Selbsterhaltung, wehre dich gegen unbefugte Angriffe, ist in dem Notwehrparagraphen präzisiert und ist in dieser Form Entscheidungsnorm für den Richter. Dass nun kein Anlass, aber auch keine Möglichkeit vorhanden ist, die Voraussetzungen, unter denen die Notwehr berechtigt ist, in genauer Formulierung gemeinkundig zu machen, ist evident. Allerdings wird dadurch, dass eine scharf umrissene Kulturnorm über die Notwehr fehlt, dem Irrtum über dieses Recht ein grösserer Spielraum gegeben; aber dieser (übrigens nicht beträchtliche) Missstand ist nicht zu beseitigen. Man darf sich darauf verlassen, dass der Einfluss, den die Rechtspflege auf die kulturellen Anschauungen hat, eine immer vollständigere Uebereinstimmung zwischen dem juristischen und dem im Volk lebendigen Begriff der Notwehr herbeiführt. Andererseits ist es nicht minder deutlich, dass die Gesetzgeber allen Grund haben, den Gerichten exakte Weisungen zu geben, über die Grenzen, in denen die Verteidigung als straflose Notwehrhandlung beurteilt werden soll. Warum aber der Gesetzgeber dem Notwehrrecht

und andern Schuldausschliessungsgründen die Regelung in der Form der Rechtsnorm zuerkennt, während er sie andern versagt, dafür lässt sich keine allgemeine Erklärung und — von historischen Begründungen abgesehen — oft auch keine specielle geben.[2]) So hat z. B. unser Gesetzgeber es als ein Bedürfnis erachtet, für das Delikt der Beleidigung eine Reihe von Schuldausschliessungsgründen zu normieren (§ 193); mit Recht bestreitet die Kritik dieses Bedürfnis.[3]) Es ist überflüssig, dem Richter zu sagen, dass tadelnde Urteile über wissenschaftliche Leistungen, dass Aeusserungen zur Wahrung berechtigter Interessen u. s. w. keine Beleidigungen sind. Vor allem aber spricht gegen den § 193, dass seine Leistung, gerade wenn man das Bedürfnis, das er voraussetzt, anerkennt, ungenügend ist. Diese Gesetzesbestimmung sollte exakt formulieren, unter welchen Voraussetzungen die von der kulturellen Tradition anerkannte Freiheit der Kritik nicht missbraucht ist, sie sollte Kulturnormen für die Rechtspflege präzisieren; statt dessen ist die Kasuistik des Paragraphen ebenso unpräzis und vieldeutig als die ihr zu Grunde liegenden Regeln des Anstandes und der guten Sitte. Der § 193 überlässt dem Takt des Richters ebensoviel oder noch mehr als jene Regeln dem Takt des Kritikers und des Vorgesetzten; deswegen leistet der § 193 nicht das, was er leisten wollte.

Wieder bei andern Schuldausschliessungsgründen, die unzweifelhaft gesetzlich geregelt werden müssen, ist es dem Gesetzgeber misslungen, die Forderungen der Kultur in der Rechtsnorm zum Ausdruck zu bringen; so in der strafrechtlichen Regelung des Notstands, die durch das bürgerliche Gesetzbuch nur in ganz untergeordneten Beziehungen verbessert worden ist. Die Strafrechtsnorm über den Notstand ist also ein schlechtes Gesetz, weil sie von Kulturnormen abweicht; dieses Thema behandelt die kritische Literatur, die sich gegen den § 54 St.-G.-B. wendet, indem sie auf anerkannte Forderungen der Moral hinweist, die vor den Gerichten des Staates keine Geltung haben.

Zweitens: Es giebt Schuldausschliessungsgründe, die

---

[2]) Wir finden übrigens die analoge Erscheinung bei den Deliktsbegriffen und ihren Merkmalen: Der Diebstahl ist definiert, die Beleidigung nicht, wir vermissen eine Definition der Urkunde und entbehren gern die des gefährlichen Werkzeugs.

[3]) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch (12. u. 13. Aufl. 1903) S. 343/344.

als Kulturnormen aufgezeichnet werden, aber als Rechtsnormen nicht selbständig existieren und dieser Existenz auch nicht bedürfen. Als Strafrechtsnormen sind sie enthalten in der allgemeinen Entscheidungsnorm, nach der nur schuldhafte Handlungen mit Strafe belegt werden sollen; z. B. das Züchtigungsrecht des Lehrers.

Drittens: Es giebt Schuldausschliessungsgründe, die als Rechtsnormen keine selbständige Existenz haben, noch ihrer bedürfen und als Kulturnormen nicht aufgezeichnet sind, noch aufgezeichnet zu werden brauchen; z. B. das Recht des Arztes, an seinen Patienten die erforderlichen Operationen vorzunehmen, wenn der Wille des Patienten oder seines Vertreters dem nicht entgegensteht. (Vgl. unten S. 98.)

Viertens: Es giebt Schuldausschliessungsgründe, die als Rechtsnormen selbständig formuliert werden müssen und auch als Kulturnormen jedem, den die Norm angeht, in exakter Formulierung bekannt gemacht werden müssen.

In diese Kategorie möchte ich die Rechte des Militärs zum Waffengebrauch einordnen. Dass der Soldat, wie es thatsächlich geschieht, über dieses Recht genau instruiert werden muss, bedarf keiner Ausführung. Dass aber auch die Gesetze die betreffenden Bestimmungen enthalten sollen, scheint mir wegen der Bedeutsamkeit der Materie empfehlenswert; das geltende Recht ist in dieser Beziehung nicht einwandsfrei.[4])

Diese letzte Gruppe von Schuldausschliessungsgründen giebt nun noch Anlass, darauf hinzuweisen, dass Kultur- und Rechtsnormen hie und da nicht bloss übereinstimmen, sondern sogar sich wörtlich decken können. Das Mil.-St.-G.-B. bestimmt in § 124: „Diejenigen Handlungen, welche der Vorgesetzte begeht, um einen thätlichen Angriff des Untergebenen abzuwehren, oder um seinen Befehlen im Fall der äussersten Not und dringendsten Gefahr Gehorsam zu verschaffen, sind nicht als Missbrauch der Dienstgewalt anzusehen. — Dies gilt namentlich auch für den Fall, wenn

---

[4]) Vgl. das Preussische Gesetz über den Waffengebrauch des Militärs vom 20. März 1837 und hierzu die Preussische Garnisondienst-Vorschrift vom 15. März 1902, Art. 133, 134. Im Mil.-St.-G.-B. ist nur ein Fall geregelt (§ 124), während gerade dieses Gesetz alle Fälle enthalten sollte.



ein Offizier in Ermangelung anderer Mittel, den durchaus notwendigen Gehorsam zu erhalten, sich in der Lage befunden hat, gegen den thätlich sich ihm widersetzenden Untergebenen von der Waffe Gebrauch zu machen." Man wird als Instruktion für die Offiziere den gleichen Wortlaut wählen können wie den des Gesetzestextes und hat es vielfach gethan. Der Abdruck des Gesetzes, der sich als Instruktion an den Interessenten wendet, ist geschriebene Kulturnorm, das Gesetz als solches ist und bleibt Rechtsnorm und spricht zu dem Richter. Der eine Satz rechtlichen Inhalts hat in solchen Fällen zwei Funktionen: Entscheidungsnorm und somit Rechtsnorm und Instruktion und somit geschriebene Kulturnorm zu sein.

Wenn es nicht von Anfang an klar war, so ist es durch diesen letzten Passus deutlich geworden, dass unter den Kulturnormen die aufgeschriebenen den Rechtsnormen am ähnlichsten sind, weil sie nämlich in der Form des Rechtssatzes, weil sie als abstrakte Anweisung auftreten. — Es wäre interessant zu beobachten, wie in der Geschichte der Gesetzgebung die abstrakte Instruktion wohl nicht selten der Weg gewesen ist, auf welchem Gebote der Kultur in die Gesetze eingewandert sind.

Es bleibt uns nun noch die Frage, welchen Einfluss die Rechtsnormen auf die Auslegung der Handlung haben. Unmittelbar gar keinen. Aus dem Gesetze können wir immer nur ersehen, ob die zu beurteilende Handlung einem gesetzlichen Thatbestand unterfällt, niemals aber hilft uns das Gesetz in der Beurteilung der Pflichtwidrigkeit der Handlung.[5]) Mittelbar haben die Rechtsnormen aber die allergrösste Bedeutung für die Auslegung der Handlung. Denn unter dem Hochdruck ihrer Macht modifizieren sich die Kulturnormen, die die Einschätzung der Handlung beherrschen. Am greifbarsten ist dieser mittelbare Einfluss dann, wenn Instruktionen über die Kulturnormen ausgegeben worden sind; denn diese Instruktionen schliessen sich ja aufs engste an die gesetzlichen Bestimmungen an, sie sind das Echo der Rechtsnormen, sie lassen den gleichen Ruf in anderer Richtung ertönen.

[5]) Ich erinnere nochmals daran, dass allerdings in der Mehrzahl der Fälle die Feststellung, dass die Handlung einem gesetzlichen Thatbestand objektiv und subjektiv entspricht, implicite eine Bejahung und Einschätzung der Pflichtwidrigkeit enthält. Die beiden Fragen, die in der Praxis nur manchmal auseinanderfallen, müssen in der Theorie principiell geschieden werden.



III. Eine umfassende Kodifikation von Normen einer besonderen Kultur bilden die Kriegsartikel. Sie enthalten die Pflichtenlehre für den Soldaten; im engen Anschluss an das Standesstrafrecht der Militärpersonen entwickeln sie die Gebote und die Verbote, die den Soldaten als solchen angehen und machen ihm dieselben bekannt. Und wenn die Kriegsartikel auf strenge Strafen (aber auch auf Belohnungen) verweisen, so liegt darin nicht im entferntesten eine Festsetzung der Strafe, sondern lediglich eine Einschärfung des Gebotes, eine Hinweisung auf die Bedeutsamkeit desselben und eine Warnung vor Uebertretungen. Die neuen Kriegsartikel (für das preussische Heer vom 22. September 1902, für die Marine vom 10. Januar 1903) haben den eigentlichen Zweck derselben, den Soldaten über seine Pflichten zu instruieren, reiner zum Ausdruck gebracht als die alten, die sich stellenweise zu sehr der Form des Rechtssatzes näherten.

Warum werden nun aber gerade die Angehörigen des Militärstandes über ihre spezifischen Pflichten instruiert? Es wäre ja doch möglich, die Berufspflichten, wenn nicht für jeden, so doch für manchen Stand nach Art der Kriegsartikel zu kodifizieren; und man könnte wohl von einer derartigen Instruktion auch in anderen als militärischen Verhältnissen Aufklärung und Belehrung erwarten. Es giebt in der That auch in anderen Verhältnissen analoge Erscheinungen, Artikel, die eine besondere Pflichtenlehre bekannt machen, worauf wir bei Besprechung der Polizeigesetze zurückkommen werden. Die Kriegsartikel erklären sich aber aus Besonderheiten des Militärdienstes. Von der historischen Entwicklung, der die Kriegsartikel ihr Dasein verdanken, soll hier nicht die Rede sein; nur die rationelle Begründung ihrer Existenz ist für unsere Untersuchung wertvoll.

Der junge Rekrut, der unter die Fahne tritt, befindet sich mit einem Schlage in einem neuen Pflichtenkreis; die Verhältnisse, in denen er bisher gelebt hat, haben ihn über diese Pflichten nicht belehrt; die kulturelle Tradition, die er mitbringt, ist keine militärische. Während man in andere Berufe hineinwächst, wird man in den Beruf des Soldaten hineingestellt, und was von dem Beruf im Allgemeinen gilt, trifft zu für die spezifischen Pflichten desselben.

Der Soldat würde sich nun vielleicht mit der Zeit die Normen

der militärischen Kultur auch ohne Kriegsartikel ebensowohl aneignen, wie ein anderer sich mit den Normen, die für seine Berufsthätigkeit massgebend sind, vertraut macht. Aber man kann es nicht abwarten, bis sich dieser Prozess abgespielt hat. Die Dienstzeit ist nicht bloss für die Ausbildung der Mannschaften da, es soll ein geschultes Heer vorhanden sein. Der Soldat darf daher nicht erst gegen Ende seiner Dienstzeit, er muss von Anfang an mit seinen militärischen Pflichten vertraut sein. Und man kann es auch nicht darauf ankommen lassen, ob der Soldat Erfahrungen sammelt und ob er die richtigen macht, denn dazu ist die Wahrung der Disciplin zu bedeutsam. Der Schaden, der allmählich den Soldaten klug machen könnte, wäre ein Schaden für den ganzen Organismus. Aus diesen Gründen erklärt es sich, dass in den militärischen Verhältnissen das Werk, das sonst unbemerkt von der kulturellen Tradition verrichtet wird, mit besonderen Mitteln und absichtlich durchgeführt werden muss, dass die Pflichten, deren Vernachlässigung strafbar ist, dem Soldaten bekannt gemacht werden müssen. — Wird nun ein militärisches Vergehen oder Verbrechen begangen, so können die Anordnungen der Kriegsartikel wertvoll sein für die Auslegung der Handlung; und das gleiche gilt von den umgeschriebenen Normen der militärischen Kultur. Dabei ist es dann eine durchaus gesunde Einrichtung der militärischen Strafrechtspflege, dass unter den Richtern Männer sitzen, die genau Bescheid wissen über die Pflichten des Soldaten, dass neben den Juristen sachverständige Laien berufen sind, das Urteil zu fällen.

Den gleichen Vorzug finden wir aber auch, freilich weniger ausgeprägt und weniger streng gewahrt, in der bürgerlichen Strafrechtspflege. Auch unsere Schöffen und Geschworenen sind Männer, die über eine Art von Sachkenntnis verfügen, die in der Strafrechtspflege nicht entbehrt werden kann. Davon soll im nächsten Kapitel die Rede sein, — wiederum in der Absicht, unsere Auffassung von Wesen des Strafgesetzes und deren Begleiterscheinungen nach ihrem Erkenntniswert zu erproben.

Drittes Kapitel.

Das Richteramt der Laien.

Die Auslegung der Handlung ist prinzipiell unabhängig von Rechtsnormen; sie ist daher nicht spezifisch juristische Thätigkeit. Hiermit gewinnen wir den Gesichtspunkt, der es rechtfertigt, dass die Laien an der Strafrechtspflege beteiligt sind.

Die in jedem Strafprozess unumgängliche Würdigung der Beziehungen des Thäters zu den Kulturnormen liegt dem Laien besser als dem Juristen. Die Routine, von der sich der Berufsrichter nicht ganz frei machen kann, steht der unbefangenen Auffassung des individuellen Falles entgegen; der Berufsrichter hat schon allzuviele ähnliche Fälle entschieden, als dass ihm nicht die Gefahr drohte, in der zu beurteilenden Handlung mehr einen Typus als den individualisierten Vorgang zu erblicken. Der Berufsrichter schematisiert, der Laie individualisiert. „Bedenken wir nur, wie schnell sich unser Gefühl abstumpft, sobald sich sein Gegenstand vervielfältigt oder als ein Fall unter tausend gleichartigen erweist. Sie ist die erste nicht, heisst es an einer der grausamsten Stellen des Faust.“ [1])

Die Routine des Juristen schadet nun aber sicherlich nicht der Auslegung der Rechtsnormen, in dieser Beziehung ist sie nützlich; sie schadet der Bewertung der konkreten Handlung, sie ist ein Hindernis für die Auslegung der Handlung. Für diese Arbeit, die

---

[1]) Windelband, Geschichte und Naturwissenschaft S. 21.

einen gesunden Menschenverstand und ein lebhaftes Rechtsgefühl, nicht aber juristische Schulung voraussetzt, ist der Laie tauglicher als der Jurist, weil er die „Einmaligkeit und Unvergleichlichkeit" des zu beurteilenden Vorgangs lebhafter empfindet.

Noch eine weitere Ueberlegung rechtfertigt es, den Laien mit der Auslegung der Handlung zu betrauen. Der Jurist prüft, weil er Jurist ist, zuerst, in welchen Beziehungen die Handlung zu den Rechtsnormen steht; er sucht den gesetzlichen Thatbestand, dem die Handlung zu subsumieren ist. Sobald er den Fall aber juristisch klassifiziert hat, ist ihm die Aufgabe, von den Rechtsnormen abzusehen und nur nach den Kulturnormen zu urteilen, erschwert. Dem Laien dagegen ist es natürlich, die Handlung nach den Kulturnormen zu bewerten, denn ihm steht gar kein anderer Massstab zur Verfügung; ihm fehlen die juristischen Kenntnisse, er kommt gar nicht in die Lage, dasjenige Urteil, welches ohne Rücksicht auf Rechtsnormen gefällt werden soll, durch Verwendung juristischer Kategorien zu präjudizieren. Der Laie hat nur einen Massstab, die Kulturnormen, und entgeht daher der Gefahr, dieses Mass mit dem andern zu vermengen, der Gefahr, die für den Juristen besteht.

Ein klassisches Beispiel in dieser Hinsicht ist es, dass es unter den Kriminalisten hat problematisch werden können, aus welchem Grunde regelrecht ausgeführte ärztliche Operationen nicht als Körperverletzungen strafbar sind, und dass sich Gerichte gefunden haben, die einen Arzt, der kunstgemäss eine Operation durchführt, wegen Körperverletzung bestrafen. Die Existenz dieses Problems und diese Verurteilung stellen der Theorie und der Praxis des Strafrechts ein schlechtes Zeugnis aus. Ein derartiges Urteil kann nur zu stande kommen, wenn der Gerichtshof es vergisst oder abweist, zu prüfen, ob der Beschuldigte gegen eine Kulturnorm verstossen hat, wenn er es genug sein lässt zu konstatieren, dass die Thatumstände, die den gesetzlichen Thatbestand der Körperverletzung ausmachen, bewusst verwirklicht worden sind. Der Laie würde ohne weiteres urteilen, der Arzt hat nicht pflichtwidrig und folglich nicht schuldhaft gehandelt, deswegen ist er straffrei. Und diese einfache Begründung macht alle „Theorien" überflüssig, sie schliesst es aus, den Fall als einen problematischen zu behandeln. Wenn der Theorie in dieser Frage noch eine Aufgabe bleibt, so kann es nur die sein, eingehender und spezieller zu begründen, warum die ärztliche Hilfeleistung nicht

pflichtwidrig ist.[2]) — Wie aber ein Arzt, der gegen den erklärten oder vermuteten Willen des Patienten die Operation durchgeführt hat, zu beurteilen ist, das entscheidet sich ebenfalls vollkommen sicher, wenn man von den Kulturnormen ausgeht: dieser Arzt hat pflichtwidrig gehandelt, beneficia non obtruduntur; das Verbot, gegen welches der Arzt verstossen hat, lautet aber nicht, „verletze nicht die Gesundheit deiner Mitmenschen," — es lautet, „verletze nicht die Freiheit der Willensentschliessung." Die Rechtsnorm, die diese kulturelle Norm in präzisierter Form rekapituliert, ist der § 240 des R.-St.-G.-B.'s; er weist den Richter an, den Arzt wegen Nötigung zu verurteilen. (So *Stoss, Frank, Heimberger.*)

Dieser Exkurs hat als Beispiel veranschaulichen sollen, dass es gut ist, den einseitigen juristischen Fertigkeiten durch Heranziehung des Laienelementes Grenzen zu ziehen. Wie aber soll die Beteiligung der Laien geregelt werden, um dieses Ziel zu erreichen und doch den Gefährdungen zu entgehen, die im Laienrichtertum zweifellos liegen? Schöffen oder Geschworene? Die konsequente Durchführung des hier vertretenen Standpunktes weist es ab, die Laien als gleichberechtigte Richter neben den Juristen zu stellen, sie weist es auch ab, den Laien die Schuldfrage in dem Umfang vorzulegen, in welchem dieselbe nach unserer Prozessordnung den Geschworenen unterbreitet wird. Vielmehr ist hier den Laien von vorneherein nur ein eng umrissener Teil der Schuldfrage zugewiesen worden, die Frage, ob der Beschuldigte sich gegen eine Kulturnorm vergangen hat, oder mit andern Worten, ob er pflichtwidrig gehandelt hat. Es bleibe dahin gestellt, ob ein praktikables Verfahren erfunden werden kann, in dem diese Teilung der richterlichen Aufgabe durchgeführt wird. Würde ich ein derartiges Verfahren, ohne es näher zu schildern, befürworten, so wäre das folgerichtig im schlimmen Sinn, es wäre doktrinär; es wäre ausserdem eine Vernachlässigung der Einsicht, dass jede Zerreissung der richterlichen Aufgabe mehr Nachteile als Vorteile mit sich bringt. Es ist für mich allerdings das Ideal eines Strafprozesses, die Laien auf die Frage nach der Pflichtwidrigkeit zu beschränken, aber ich glaube, dass dieses Ziel am sichersten erreicht wird, wenn Laien und Juristen gleichberechtigt neben einander stehen, wenn beiden Elementen die ganze Aufgabe des erkennenden Richters

[2]) Von diesem Standpunkt aus ist der Theorie, die das ärztliche Handeln aus seinem Zweck rechtfertigt (v. Lilienthal), vor andern der Vorzug zu geben.

übertragen ist, wie es bei den Schöffengerichten der Fall ist. Denn bei dieser Regelung neigen sich die verschiedenen Kräfte in natürlicher Weise den Aufgaben zu, die ihnen entsprechen: Der Jurist bringt die Rechtsnormen, der Laie die Kulturnormen zur Geltung. Diese Arbeitsteilung entspricht so vollständig der Natur der beiden Richterklassen, dass sie sich im freien Spiel der Kräfte sicherer und einfacher vollziehen wird als im reglementierten. — Wie dem auch immer sei, — es liegt mir weniger daran, die Vorzüge eines bestimmten Verfahrens darzustellen, — die Scheidung von Rechts- und Kulturnormen soll auch dadurch bewährt sein, dass sie das Strafrichteramt der Laien grundsätzlich erklärt.

Viertes Kapitel.

Gewohnheits-Strafrecht und soziale Gewohnheiten.

Die Erörterungen der letzten Abschnitte bieten eine Grundlage für die Würdigung des Gewohnheitsrechtes im Strafrechte. Die Ergebnisse, auf die wir hingeführt sind, möchte ich in Kürze entwickeln, ohne mich in der Materie zu verlieren.

I. Ein Satz des Gewohnheitsrechtes unterscheidet sich nur nach seiner Entstehung und äusseren Erscheinung von einem Satz des gesetzteu Rechtes, seinem Wesen nach stimmt der Gewohnheitsrechtssatz überein mit dem gesetzten Rechtssatz; er ist Rechtsnorm, ist ein abstrakter Befehl an den Richter. Die reizvolle Aufgabe, anzugeben, welches Subjekt diesen Befehl erlassen hat, und zu erörtern, warum dieser Befehl für die Gerichte verbindlich ist, fällt zu sehr aus dem ohnehin schon lockeren Gefüge dieser Untersuchungen heraus. Diese Aufgabe darf aber umsomehr hier ungelöst bleiben, weil es derartige Befehle im Strafrecht nicht giebt. Nulla poena sine lege poenali. Die Bestimmung des St.-G.-B.'s, die diesen Grundsatz aufnimmt (§ 2), befiehlt dem Richter, Strafen nur auf Grund von gesetztem Recht zu verhängen.

Hiermit allein ist indessen noch nicht ausgemacht, dass es überhaupt kein Gewohnheits-Strafrecht giebt, denn die Rechtssätze, die an einen Thatbestand eine Strafdrohung knüpfen, sind nicht das ganze Strafrecht; neben ihnen stehen, wenn auch nur in kleiner Zahl, Rechtsnormen, die anordnen, es solle keine Strafe verhängt werden, wie zum Beispiel die Rechtsnormen, die Notwehr- und Notstandshandlungen der Strafe entziehen. Können nicht etwa derartige Rechtsnormen durch Gewohnheit herangebildet werden?

Wer die Frage bejaht, setzt sich vielleicht nicht mit dem Buchstaben, sicherlich aber mit dem Geist des § 2 in Widerspruch. Nach § 2 kann eine Strafe nur eintreten, wenn dieselbe vor Begehnng der Handlung gesetzlich bestimmt gewesen ist; unter den Begriff der gesetzlichen Bestimmung der Strafe fällt aber ebensowohl die gesetzliche Anordnung, es solle die Strafe eintreten, wie die, es solle von einer Bestrafung abgesehen werden. Ja es lässt sich sogar die Scheidung zwischen Strafe setzenden und Strafe ausschliessenden Vorschriften insofern nicht durchführen, als jedes Setzen einer Strafe zugleich die Strafe für bestimmte Fälle ausschliesst und als umgekehrt jede Negation der Strafe zugleich eine positive Ansetzung derselben ist. Strafbar ist, wer eine bewegliche Sache wegnimmt, also ist straflos das Wegnehmen einer Nichtsache; und wenn dann besondere Bestimmungen das Wegnehmen elektrischer Kraft poenalisieren, so erklären sie die Aneignung anderer Kräfte für straffrei. Straflos ist der Thäter, der in Bestürzung, Furcht oder Schrecken die Grenzen der Notwehr überschreitet; hiermit ist Strafe gesetzt für eine Ueberschreitung der Notwehr aus Rachsucht. Jeder Strafe bejahende und jeder Strafe verneinende Rechtssatz zieht eine Grenze zwischen strafbaren und straffreien Fällen und erkennt dadurch sowohl die Voraussetzungen für die Bestrafung als die für die Nicht-Bestrafung an. Infolgedessen ist das Gewohnheits-Strafrecht, wenn die Strafloserklärungen seiner Herrschaft unterstellt werden, auch für positive Strafdrohungen zugelassen.[1]) Wer dem Gewohnheits-Strafrecht den kleinen Finger reicht, kann ihm die ganze Hand nicht mehr entziehen. Demgegenüber muss daran festgehalten werden, dass alle Arten von Strafrechtssätzen einzig und allein durch Gesetzgebung in und ausser Kraft treten können.

II. Diese Feststellung klärt die negative Seite des Verhältnisses zwischen Gewohnheiten und Strafrechtsnormen; bei weitem wichtiger ist die positive Seite. Gewohnheiten bestimmter Art beeinflussen, wenn auch nicht durch Erzeugung oder Vernichtung von Rechtssätzen, so doch auf anderen Wegen unsere Strafrechtspflege auf das aller-

---

[1]) Die Lehre, dass auf dem Gebiet des Strafrechts nur das sogen. positive Gewohnheitsrecht ausgeschlossen ist, ergiebt sich als Konsequenz der „Normentheorie“; vgl. Binding, Handbuch 201 ff.; Finger, Strafrecht I (2. Aufl. 1902) S. 93; Beling, Grundzüge des Strafrechts (2. Aufl. 1902) S. 16.



tiefste: sie beeinflussen die Auslegung der Handlung und beherrschen die Interpretation der Rechtssätze.

1. „Gewohnheit hängt etymologisch mit Wohnen zusammen, bildlich ausgedrückt ist es das Handeln, welches sich dauernd niedergelassen, sich gesetzt, festen Wohnsitz genommen hat“.[2]) Derselbe Gedanke kehrt in der vulgären Erklärung wieder: Gewohnheit ist das, was einem Menschen zur zweiten Natur geworden ist. Die Naturanlage ist die erste Natur, das was der Mensch und sein Leben aus dieser Anlage gemacht haben, die Arten und die Unarten, die man angenommen hat, sind die zweite Natur. In Uebereinstimmung mit der Aussage der Sprache und der allgemeinen Auffassung kann man die Gewohnheit als eine specifische Reaktionsweise bezeichnen. Sie ist diejenige Reaktion, die sich mehr aus dem dauernd vorhandenen Zustande und weniger aus dem äusseren Anlass erklärt, womit zugleich darauf hingewiesen ist, dass eine Gewohnheit mehr oder weniger eingewurzelt sein kann.

Subjekt einer Gewohnheit kann sowohl ein Individuum als eine Gruppe von Menschen sein; wir stellen den persönlichen die sozialen Gewohnheiten gegenüber. Die Gewohnheiten, die ein Individuum hat, brauchen hier nicht weiter beachtet zu werden, obwohl dieselben strafrechtlich nicht irrelevant sind; sie können wertvolles Material für die Beurteilung des Verbrechens und des Verbrechers liefern. Soziale Gewohnheiten sind überall vorhanden, wo wir Gesellschaften d. h. Interessengemeinschaften oder — um den umstrittenen Begriff der Gesellschaft zu umgehen, — wo wir Gruppen finden. Die Kinder, die Männer und Frauen, die Zigeuner und Landstreicher, die deutschen Studenten, die Kaufleute und die Kaufleute eines bestimmten Geschäftszweigs, die Flussschiffer, die Seeschiffer u. s. w. — sie alle haben Gewohnheiten, was durch Ausdrücke wie Volks-, Berufs-, Standesgewohnheiten bestätigt wird.

Es kann sein, dass eine soziale Gewohnheit für den Einzelnen verbindlich ist, dann ist sie nicht bloss Gewohnheit, sondern Sitte. Unter einer Sitte verstehen wir also die Gewohnheit einer Gruppe, die für die Angehörigen der Gruppe verbindlich ist.[3])

---

[2]) Vgl. v. Jhering, Der Zweck im Recht II, 21, auch für die im Text folgenden Ausführungen.

[3]) v. Jhering l. c. S. 24: „Sitte ist die im Leben des Volks sich bildende verpflichtende Gewohnheit.“

Das Duell ist nicht bloss eine Gewohnheit des deutschen Offizierkorps, es ist eine Sitte dieser Gruppe. Die Sitte kann verletzt werden, denn sie tritt auf mit dem Anspruch massgebend zu sein, als Imperativ, als Norm, als Kulturnorm.

2. Alles was wir von den Kulturnormen gesagt haben, gilt von den sozialen Gewohnheiten, die als Sitten auftreten. Da aber die Kulturnormen der Massstab sind, mit dem wir prüfen, ob Handlungen pflichtwidrig sind, ist der erste Teil unserer Behauptung, nämlich dass die Auslegung der Handlung von Gewohnheiten bestimmter Art beeinflusst wird, deduktiv erwiesen.

In der Regel wird die Berücksichtigung der Sitten keine praktische Bedeutung erlangen, denn die Rechtsnormen stimmen mit den Normen der Sitte in der Regel überein. Je vollständiger diese Uebereinstimmung ist, um so seltener ereignet es sich, dass ein Verhalten, das der Sitte entspricht, von den Rechtsnormen verpönt wird. Grundsätzlich kann die rechtswidrige Bethätigung nicht gesittet sein.

Das Gegenteil kann indessen aus dem Grunde vorkommen, weil es schlechte Gesetze und schlechte Sitten giebt, — Gesetze, die mit einer guten Sitte, und Sitten, die mit einem guten Gesetze in Widerspruch stehen. Die Sitte mancher Stände, ihre Ehre im Duell zu verteidigen, widerspricht Rechtsnormen. Dieser Zustand ist unerträglich; er zeitigt Thaten, die vom Standpunkt der Gruppe, deren Sitte in Frage steht, pflichtgemäss und dennoch rechtswidrig sind. Entweder muss hier die Kultur- der Rechtsnorm oder die Rechts- der Kulturnorm weichen. Ich enthalte mich der sachlichen Entscheidung und betone die prinzipielle Verkehrtheit des Verhältnisses.

Die Berücksichtigung der Sitten wird namentlich praktisch werden, wenn ein rechtswidriger Erfolg ausnahmsweise durch eine Handlung herbeigeführt wird, die von der Sitte geboten oder doch erlaubt wird. Wir haben schon Beispiele genannt: der Bauer, der den jugendlichen Dieb züchtigt, der Arzt, der ohne ausdrückliche Einwilligung und ohne ausdrückliche Gegenweisung seinen Patienten operiert. Die Sitte rechtfertigt die Handlung und schliesst es somit aus, den rechtswidrigen Erfolg dem Thäter zur Schuld zuzurechnen; Gewohnheiten bestimmen die Auslegung der Handlung.

Wir haben bisher in der Hauptsache ein negatives Ergebnis erreicht, nämlich dieses: Eine Handlung erscheint, von Ausnahmefällen abgesehen, in demselben Lichte, gleichviel ob sie von den

Normen des Rechts oder der Sitte beleuchtet wird. Das Ergebnis ist negativ, weil es die Strafrechtspflege im wesentlichen unbeeinflusst von sozialen Gewohnheiten erscheinen lässt.

Ein anderes Bild bietet sich uns dar, wenn wir den Blick nunmehr richten auf soziale Gewohnheiten, die unverbindlich sind, (oder deren Verbindlichkeit Zweifeln unterliegt), die aber von einem Individuum für massgebend gehalten werden. Es wird ja nicht selten vorkommen, dass veraltete oder schlimme Gebräuche, dass Unsitten einem Individuum als Autoritäten erscheinen. Es sei in einer Gemeinde alter Brauch, gefundenes Geld zu behalten. Die Leute fassen den Fund als ein Geschenk des Himmels auf, der liebe Gott hat es ihnen geschickt, man darf es nicht fortgeben. Eine alte Frau handelt nach diesem Brauch; sie kann nicht bestraft werden, es sei denn, dass sich nachweisen lässt, dass neben ihrem Aberglauben besseres Wissen gestanden hat.[4]) Die Rechtssicherheit wird durch solche Freisprechungen nicht erschüttert werden, zum mindesten nicht so sehr, als durch eine Judikatur, die achtlos an den Volksanschauungen vorübergeht. Und wenn in eine rückständige Kultur Aufklärung einziehen soll, so giebt es Mittel, die dieses Ziel besser erreichen als Strafurteile, Mittel, die keine Wunden schlagen und keine Entfremdung zwischen Volk und Strafgericht herbeiführen. Man frage getrost nach dem Rechte, das mit uns geboren ist, unsere Rechtspflege wird davon nur Nutzen haben. Nur wenn in einem Staate sich mannigfache soziale Gewohnheiten, wenn sich verschiedene Kulturen geradezu feindlich gegenüberstehen, wie etwa in unseren Kolonien, wird es schwer sein, die Gerechtigkeit gegen den Einzelnen in dem hier befürworteten Masse zu üben. Dann wird man wohl die minderwertige Kultur auch durch Strafurteile bekämpfen müssen. Im deutschen Reich sind diese Missstände nicht vorhanden; wir können es wagen, gerecht zu urteilen, ohne eine Schädigung unseres Rechtes befürchten zu müssen.

Der Beispielsfall hat den Anschein erweckt, als ob wir hier von einer Sachlage sprächen, die sich nur äusserst selten vorfindet. Indessen sind die Fälle nicht gar zu selten. In vielen Geschäftszweigen giebt es Uesancen und Unsitten, deren Befolgung auf einen rechtswidrigen Erfolg hinführen kann. Wer einen solchen Brauch mitgemacht hat, eben weil er hergebracht ist, hat meistens bona fide

[4]) Ein weiteres Beispiel in dieser Richtung bietet der Fall 7 in v. Rohland's Strafrechtsfällen (1902).

gehandelt und darf nicht „als vorsätzlicher Rechtsbrecher bestraft werden“.

3. Die sozialen Gewohnheiten haben tieferen und umfangreicheren, weniger bestrittenen und weniger bestreitbaren Einfluss auf die Auslegung und Anwendung der Rechtsnormen. Erst in der Besprechung dieses zweiten Punktes kann es sich bewahrheiten, dass diese Gewohnheiten viel für die Strafrechtspflege bedeuten.

Die Gesetze sind vergleichbar mathematischen Formeln, die eine unbekannte variable Grösse enthalten, wie z. B. die Formel, die den Inhalt des Kreises angiebt. Wer die Formel anwenden will, muss der variablen Unbekannten einen bestimmten Wert substituieren. Ebenso in unseren Gesetzen; wer sie anwenden will, muss den Thatbestandsmerkmalen, deren Inhalt unbekannt und variabel ist, bestimmte Grössen substituieren. Dies geschieht in vielen Fällen durch Berücksichtigung sozialer Gewohnheiten.

„Die Beleidigung“ ist strafbar; der eine Begriff enthält den ganzen gesetzlichen Thatbestand. Erst die Auslegung macht den Inhalt des Begriffes bekannt; sie sagt uns, die Ehre sei das Angriffsobjekt der Beleidigung und Ehre sei die soziale Stellung der Person, soweit sie auf der Achtung der Mitmenschen beruht. (*Frank.*) Hiermit ist schon auf unsere sozialen Gewohnheiten Bezug genommen und in jeder weiteren Aussage wird diese Bezugnahme deutlicher. Man behauptet etwa, die soziale Stellung ist u. a. abhängig vom Stand und vom Vermögen der Person. Diese Behauptung gründet sich auf eine Beobachtung unserer Sitten, unseres Verkehrs; nach unseren sozialen Gewohnheiten legen wir also den Begriff „soziale Stellung“ aus. Wenden wir nun weiterhin den Thatbestand auf einen bestimmten Fall an, so tritt der variable Charakter desselben klar hervor. In den verschiedenen Ständen sind die Gewohnheiten verschieden, daher ist ein und dieselbe Aeusserung in einer Gesellschaftsklasse ein Angriff auf die soziale Stellung der Person, in der andern nicht. Die Gewohnheiten der Gruppe erteilen uns Auskunft darüber, ob im gegebenen Fall eine Beleidigung vorliegt, sie sind es, die an die Stelle der variablen Grösse einen bestimmten Wert setzen. Variabel ist der Inhalt des Rechtssatzes aber auch insofern, als im Lauf der Zeiten ein und dasselbe Verhalten in ein und derselben Gruppe seinen Wert wechseln kann. Das Schimpfwort von gestern ist heute indifferent geworden. Kurzum: Das Delikt der Beleidigung

ist ein ausgiebiges Beispiel, um zu veranschaulichen, dass die Kulturnormen, dass speziell soziale Gewohnheiten der Rechtsnorm Inhalt und Farbe geben.

Ein weiteres Beispiel: Das St.-G.-B. giebt im § 207 eine Anordnung mit Beziehung auf „die vereinbarten und hergebrachten Regeln des Zweikampfs." Es sind bestimmte Gepflogenheiten bestimmter Gruppen, die die Auslegung und Anwendung dieser Rechtsnorm beherrschen. Und ihren variablen Charakter kann man drastisch illustrieren, wenn man den Fall setzt, dass ein kompetenter Kongress Beschlüsse fasst, die die hergebrachten Regeln des Zweikampfs umgestalten.

„Ein unbescholtenes Mädchen" (§ 182); nach herrschender und richtiger Lehre ist bei der Handhabung dieses Merkmales „Rücksicht zu nehmen auf die Anschauung derjenigen Kreise, denen das Mädchen angehört." *(Frank).* Soziale Gewohnheiten bestimmen das unbekannte variable Merkmal, mit dem das Gesetz operiert.

Diesen Beispielen, die sich leicht vermehren lassen, stehen zur Seite jene Fälle, in denen der Inhalt der Strafrechtsnormen dadurch wechselt, dass auf andern Rechtsgebieten gewohnheitsrechtliche Bildungen sich durchsetzen. Ich weiss kein Beispiel; denn auch auf den andern Rechtsgebieten ist die Gewohnheit zwar eine Macht, die die Auslegung beherrscht, nicht aber eine Macht, die auch heute noch den Staatsorganen verbindliche abstrakte Befehle erteilt. Wie dem aber auch sei, keinesfalls kann der Gewohnheitsrechtssatz civilrechtlichen Inhalts, der im Strafrecht Bedeutung gewinnt, als Gewohnheitsstrafrecht angesehen werden. Die Rechtsnorm des Civilrechts, mag sie durch Gesetzgebung oder Gewohnheit herangebildet sein, ist niemals Strafrechtsnorm, sie kann nur die Anwendung von Strafrechtsnormen beeinflussen; [5]) sie hat in dieser Beziehung für das Strafrecht dieselbe Bedeutung wie die Kulturnormen.

Wenn man z. B. bei der Auslegung des Diebstahlbegriffes das Civilrecht heranzieht, um das Merkmal „fremde Sache" zu erläutern, so schafft man keine neuen Strafrechtsnormen, so wenig ungesetzte wie gesetzte, man thut weiter nichts, als dass man den Strafrechts-

---

[5]) Dem Sinne nach wohl übereinstimmend, aber Missverständnisse nicht ausschliessend, v. Liszt: „Das Gewohnheitsrecht kann durch seine Geltung auf andern Rechtsgebieten mittelbar auch für das Strafrecht von Bedeutung werden." (Lehrbuch S. 89).



satz mit einem besonderen Hilfsmittel, nämlich mit einer Rechtsnorm des Civilrechts, interpretiert. — Es kann somit auch nicht durch Vermittlung andrer Rechtsgebiete Gewohnheitsstrafrecht geschaffen werden.[6])

Das Gesamtresultat dieser Ausführungen ist dieses: Es giebt kein Gewohnheitsstrafrecht, jedoch sind die sozialen Gewohnheiten ein bedeutsamer Faktor in der Auslegung und Anwendung der Strafrechtsnormen.

— — Alle unsere Gesetze sind Formeln und als solche geeignet, mannigfache Inhalte zu decken; sie sind bereit, die Entwicklung der Kultur ein gutes Stück weit mitzumachen; sie sind dem Flusse der Werturteile nicht ganz entzogen. Die Logik bestätigt es uns, indem sie lehrt: Je grösser der Umfang eines Begriffes, desto kleiner sein Inhalt; die umfangreichen Begriffe decken viele Inhalte. Und so schützen die umfangreichen Begriffe der Gesetze unser Recht vor Erstarrung. Auf dem Inhalt der gesetzlichen Thatbestände beruht die Unbeugsamkeit, auf ihrem Umfang die Biegsamkeit des Rechts. Diese Eigenschaft des Rechts, die zwar auch dem Missbrauch des Gesetzes die Thüre öffnet, ermöglicht es, die Rechtsnormen mit dem Geiste der Kulturnormen zu erfüllen, — sie macht es möglich, richtiges Recht zu sprechen. Ich wiederhole, was ich an anderer Stelle ausgeführt habe: Die Formel bewahrt die Rechtspflege vor dem Formalismus.

---

[6]) Es kann nicht zugegeben werden, dass — wie v. Liszt (l. c.) lehrt — die auf der Wissenschaft ruhende Rechtspflege mit der Entscheidung wichtiger Fragen und daher mittelbar mit der Aufstellung von Rechtssätzen betraut sei. Wenn die Wissenschaft z. B. die Strafbarkeit oder Straflosigkeit des untauglichen Versuchs behauptet, so ist diese Lehre, wenn sie de lege lata gemeint ist, nur berechtigt, sofern sie als eine Klarlegung des im Gesetze (im § 43 oder sonst wo) erklärten Willens auftritt; die Theorie, die eine neue, im Gesetze nicht enthaltene Entscheidungsnorm aufstellt, muss in der Praxis zurückgewiesen werden. — Allerdings ist nun aber die Klarlegung solcher latenten Rechtssätze oftmals eine Leistung, die den gleichen Wert hat wie die Aufstellung eines Rechtssatzes.

Fünftes Kapitel.

Justiz- und Verwaltungs-Strafrecht.

I. Wenn man, wie es früher üblich gewesen ist, Polizei und Verwaltung indentifiziert, besteht kein Unterschied zwischen Polizei- und Verwaltungsdelikten; wenn man, wie es richtiger und heute üblich ist, die Polizei als einen Zweig der Verwaltung auffasst, ist das Polizeidelikt eine Erscheinungsform des Verwaltungsdelikts, freilich die verbreitetste und wichtigste. Neben die Polizeidelikte treten andere Verwaltungsdelikte, wie namentlich die Zoll- und Steuerdelikte, und an Stelle des Polizeistrafrechtes tritt demgemäss das Verwaltungsstrafrecht. Ich folge in dieser Hinsicht den Ausführungen von *Otto Mayer* und *J. Goldschmidt*.[1]) Dagegen scheint es mir nicht empfehlenswert, mit *Goldschmidt* dem Verwaltungsstrafrecht das Verfassungsstrafrecht gegenüber zu stellen. Der Begriff Verfassung muss bei dieser Ausdrucksweise in einem andern als dem prägnanten Sinne gebraucht werden, schon das ist ein Missstand; versteht man aber mit *Goldschmidt* (S. 41 Anm. 95) unter Verfassung, die gesammte Ordnung des öffentlichen und bürgerlichen Rechts, so konstruiert man einen Gegensatz zwischen Rechtsordnung und Verwaltung und erweckt den Anschein, als ob die Verwaltung ausserhalb der Rechtsordnung stehe, was jedenfalls für die heute gegebenen Verhältnisse nicht zutrifft.[2])

[1]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht (1895) „Verwaltungsdelikt ist die gebotene Bezeichnung“ (I, 319) — J. Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht (1902), vgl. auch Archiv für Strafrecht 49. Jahrg. (1902) S. 71 ff.

[2]) Verfassung und Verwaltung können freilich in einen Gegensatz gestellt werden, — vgl. Otto Mayer a. a. O. S. 1 ff. — aber nur in dem Sinne von Satzung und Thätigkeit, und gerade dieser Gegensatz ist für die beiden Arten von Strafrecht bedeutungslos. (Vgl. die nächste Anm.)

Die falsche Bezeichnung ist weiterhin ein Symptom eines falschen Gedankens. Es liegt in dem Begriff Verfassungsstrafrecht mehr als eine misslungene Namensgebung, es kommt in ihm der Grundirrtum der systematischen Ausführungen *Goldschmidt's* zum Ausdruk.[3]) Wenn

[3]) Das Fundament der Theorie Goldschmidts ist eine Unterscheidung von Recht und Verwaltung, die unhaltbar ist, nämlich die folgende: „Recht und Verwaltung unterscheiden sich nach Zweck und Mittel. Zweck des Rechts ist Schutz menschlicher Willenssphären: Rechtsgüter, sein Schutzmittel die dauernde Erklärung, die Satzung: der Rechtssatz. Zweck der Verwaltung ist Förderung des öffentlichen und staatlichen Wohls, ihr Förderungsmittel stetes Handeln." (Archiv S. 83/84). — Sehen wir zunächst von den Zwecken ab, so ist deutlich, dass auf allen rechtlich geordneten Gebieten staatlicher Thätigkeit, auch auf dem der Verwaltung, ein und dasselbe Mittel verwendet wird: das Handeln in Befolgung von Rechtssätzen. Goldschmidts Unterscheidung von Recht und Verwaltung nach den Mitteln (Rechtssatz — stetes Handeln) ist gegenstandslos; sie negiert den Verwaltungsrechtssatz und die Thätigkeit der ordentlichen Gerichte. — Bei der Gegenüberstellung der Zwecke finden wir zwei Antithesen, zunächst die von Schutz (Zweck des Rechts) und Förderung (Zweck der Verwaltung); dieser Gegensatz ist zwar nicht gegenstandslos, aber lange nicht scharf genug, als dass er in unserer oder sonst einer Frage grundlegend sein könnte. Die Verordnung etwa, die bei Strafe gebietet, bissigen Hunden Maulkörbe anzulegen, schützt, sie schützt Güter; und das gleiche gilt von der Anwendung dieser Verordnung. Andrerseits hat die Bedrohung des Hochverrats und die Bestrafung des Hochverräters den Zweck, das staatliche Wohl zu fördern, — nach der Idee der Generalprävention ist dies sogar der Hauptzweck der Strafandrohung. — Goldschmidts zweite Antithese der Zwecke, Rechtsgüter und öffentliches und staatliches Wohl, ist verfehlt, weil dieses Wohl ein Gut des Staats und der Staatsbürger ist, und zwar ein rechtlich geschütztes d. h. ein Rechtsgut.

Da nun Goldschmidt von Scheinantithesen ausgeht, kommt er zu dem widerspruchsvollem Ergebnis, das Fürsorgeobjekt der Verwaltung sei kein Rechtsgut; wenn man aber mit Goldschmidt „Verwaltungsinteressen" anerkennt und an deren rechtlichem Schutz nicht zweifelt, so muss man auch zugeben, dass das Fürsorgeobjekt der Verwaltung ein rechtlich geschütztes Interesse des Staates (ein Rechtsgut) ist.

Die weitere Folge dieses Ergebnisses ist, dass Goldschmidt den Verwaltungsdelikten die materielle Grundlage entzieht; denn es giebt für alle Delikte nur eine materielle Grundlage: die Beziehung auf Rechtsgüter. Vergeblich ist das Bemühen Goldschmidts, diese Grundlage den Verwaltungsdelikten dadurch zu lassen, dass er dieselben als „Unterlassungen der Förderung eines Ziels" (nämlich der Ziele der Verwaltung) charakterisiert; das ist weiter nichts als ein andrer Ausdruck dafür, dass der einfache Ungehorsam das wesentliche Moment der Verwaltungswidrigkeit ist, d. h. dass für dieselbe die materielle Grundlage unwesentlich ist. Denn nach Goldschmidts Anschauungen ist der Wille der Verwaltung für den Bürger massgedend, lediglich weil es der Wille der Verwaltung ist, weil

man das kriminelle Strafrecht durch ein nach Analogie von Verwaltungsstrafrecht gebildetes Wort bezeichnen will, so nennt man es wohl am besten Justizstrafrecht. Justiz und Verwaltung sind uns geläufige Gegensätze. Und soviel als man von Etiketten überhaupt verlangen kann, leistet die Gegenüberstellung von Justiz- und Verwaltungsstrafrecht: sie erweckt keine Irrtümer und deutet die sachliche Verschiedenheit an.

Die Ueberzeugung, dass man die beiden Arten von Strafrecht unterscheiden muss, ist im Laufe der Zeiten nicht erschüttert worden, obwohl die Versuche, die Unterscheidung zu begründen und durchzuführen, zum Teil ganz gescheitert, zum Teil nicht ganz geglückt sind. Bei dieser Sachlage ist es geboten, sich zunächst mal Gewissheit zu verschaffen, dass sich die Mühe, das Wesen des Verwaltungsdeliktes zu erforschen, lohnt.

De lega lata lohnt sie sich nicht; denn das geltende Recht zwingt uns, die Polizei- und Finanzdelikte ebenso zu behandeln wie die kriminellen Delikte. Wir finden weder prozessuale noch materielle Vorschriften, die geeignet wären, den Verwaltungsdelikten die ihnen gebührende Selbständigkeit oder auch nur eine eigentümliche Stellung einzuräumen. Man kann nicht etwa St.-P.-O. § 453 als Gegenbeweis anführen. Die Befugnis der Polizeibehörden, eine in den Strafgesetzen angedrohte Strafe durch Verfügung festzusetzen, erstreckt sich auf Uebertretungen; unter den Uebertretungen haben aber viele kriminellen Charakter. Jedoch selbst wenn die Zulässigkeit der polizeilichen Strafverfügung auf Polizeiübertretungen beschränkt wäre, würde dieser Deliktsgruppe nur eine bedingte Eigentümlichkeit zugestanden sein, nämlich die, der Justiz entzogen zu sein unter der zweifachen Voraussetzung, dass die Polizeibehörde von den Landesgesetzen angewiesen ist, alle Polizeidelikte durch Strafverfügung zu erledigen, und dass der

---

es der Verwaltung gut dünkt, gerade dieses Ziel zu verfolgen. Die Pflichten, die der Bürger gegen die Verwaltung hat, sind die des „Staatssklaven". (Verwaltungsstrafr. 549). Goldschmidt gelangt auf einem Umweg zu der Anschauung, nach der die Verwaltungsdelikte nichts sind als Unbotmässigkeiten. Vgl. die eingehenderen Ausführungen gegen diese Ansicht im Text unter III, 1.

Die konstruktiven Leistungen Goldschmidts stehen m. E. zurück hinter seinen rechtsgeschichtlichen; in letzteren und in der energisch betonten Forderung, das Verwaltungsstrafrecht zu verselbständigen, liegen die grossen Verdienste seines Werkes.

Delinquent sich mit der Entscheidung der Verwaltung zufrieden giebt, also nicht die gerichtliche Entscheidung beantragt.

Auch das „Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle" (Str.-P.-O. § 459 ff.) reicht nicht aus, diesen Delikten prozessrechtliche Selbständigkeit zu geben, und greift andererseits über das Gebiet der Verwaltungsdelikte hinaus, indem es kriminelle Hinterziehungen erfasst und erst vor den allgemeinen Thatbeständen des St.-G.-B.'s (wie Betrug) Halt macht. Hiermit soll natürlich in keiner Weise verkannt sein, dass die §§ 459 ff., dadurch dass sie das administrative Strafverfahren zulassen und der Verwaltungsbehörde im ordentlichen Verfahren besondere Rechte einräumen, einen richtigen Weg eingeschlagen haben.

Im materiellen Strafrecht fehlt den Verwaltungsdelikten die Selbständigkeit, weil die allgemeinen Grundsätze des kriminellen Strafrechts zugleich die des Verwaltungsstrafrechts sind. Die Besonderheiten, die sich bei einigen Delikten finden, wie z. B. die Präsumtionen bei den Zoll- und Steuerdelikten oder die Androhung von Ordnungsstrafen, reichen wohl aus, diesen einzelnen Delikten eine ihnen eigentümliche Stellung zuzuweisen, sind aber keine Eigentümlichkeit der Gruppe. Und die Straflosigkeit des Versuches sowie der Beihilfe ist wegen der Geringfügigkeit, nicht wegen des verwaltungsrechtlichen Charakters der Uebertretungen angeordnet; sie gilt ferner ebensowohl für kriminelle wie für polizeiliche Uebertretungen. Nur in einer Beziehung kann man allenfalls eine für die Polizeiübertretungen spezifische Regel aufstellen: Die fahrlässige Begehung ist strafbar, auch wenn es das Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt.[4]) Man kann es, wenn man den Bedürfnissen mehr gehorcht als dem Willen des Gesetzes, was vielleicht gerade in diesem Fall unumgänglich ist. Da aber im allgemeinen fahrlässige Begehung nur bestraft wird, wenn aus der Fassung des Gesetzes hervorgeht, dass dem so sein soll, und da nirgends bestimmt ist, dass diese Regel für Uebertretungen nicht gelten soll, muss eine strenge Interpretation zu dem Ergebnis *Binding's* gelangen: „Auch bei den Uebertretungen muss der Wortlaut klar erkennen lassen, dass die Strafe der Fahrlässigkeit mit gelten will: sonst verlangt das Gesetz Vorsatz."[5])

---

[4]) Vgl. Frank, Kommentar, Vorbemerkung zum 29. Abschnitt unter II.

[5]) Binding, Grundriss, Allgemeiner Teil, (6. Aufl. 1902) S. 113.

Angesichts dieser Zustände, die wir im geltenden Recht vorfinden, ist die Aufgabe, das Wesen des Verwaltungsdeliktes zu erforschen, de lege lata ohne jede praktische Bedeutung. Das polizeiliche Unrecht und die Polizeistrafe sind unserer Rechtsordnung nur dem Namen nach (vgl. § 2 des Einführungsgesetzes zum St.-G.-B., auch § 2 der Mil.-St.-G.-O.), nicht der Sache nach bekannt.

Wenn sich nun auch das Verwaltungsstrafrecht im System des geltenden Rechts nicht praktisch geltend macht, so ist seine Existenz doch nicht zu bezweifeln; in unsern Gesetzen sind Normen des Verwaltungsstrafrechtes in Hülle und Fülle vorhanden. Wenn wir nämlich von einer Konstruktion des Verwaltungsstrafrechtes, gleichviel von welcher, ausgehen, so scheiden sich unsere (materiellen) Strafrechtsnormen in solche, die dem Justizstrafrecht verbleiben und solche, die dem noch zu schaffenden Verwaltungsstrafrecht zugezählt werden müssen. Für die rein theoretische Betrachtung giebt es also schon heute Verwaltungsdelikte, — und ich betone dies, weil die Darstellungen nicht selten es unklar lassen, in welchem Sinne die Polizeidelikte dem geltenden Recht bekannt und unbekannt sind. So sollte man z. B. nicht davon sprechen, dass die Grenze zwischen beiden Deliktsgruppen vom geltenden Recht verwischt werde, — das erweckt falsche Vorstellungen, denn in der Behandlung der Deliktsarten ist überhaupt keine Grenze vorhanden, für die theoretische Betrachtung ist die Grenze, wenn man ihre Merkmale überhaupt kennt, deutlich gezogen.

Das geltende Strafrecht ist somit das empirische Material, mit dessen Hilfe man die in Frage stehende Unterscheidung auffinden und erproben kann. Aus dem geltenden Rechte entnehmen wir aber auch, dass es bitter Not thut, de lege ferenda das Verwaltungsstrafrecht anzuerkennen. In dieser Hinsicht sind, glaube ich, alle Ausführungen überflüssig. Eine Rechtspflege, die gezwungen ist, sowohl die Grundsätze unseres Strafprozesses als die des kriminellen Strafrechtes auf Verwaltungsdelikte anzuwenden, muss zu unbefriedigenden und teilweise sogar zu unsinnigen Ergebnissen gelangen. Die Praxis entgeht allerdings den schlimmsten Konsequenzen dadurch, dass sie diesen Grundsätzen gelegentlich contra legem die Anwendung versagt oder erst zugesteht, nachdem sie mit ihnen einen Kompromiss geschlossen hat. Das ist der zwar gefährliche und verbotene, aber auch der beste Beweis, dass unsere Gesetze der Verbesserung dringend bedürfen. Wer sich aber noch nicht überzeugt hat, dass die bestehenden

Zustände unerträglich sind, der lasse sich von *Rosenberg* erzählen, wie es dem braven Dienstmädchen Babette in Strassburg beim Teppichklopfen ergangen ist.[6])

Nur eines möchte ich noch hervorheben: Unter der unangemessenen Behandlung, die nach den geltenden Gesetzen dem Verwaltungsstrafrecht zu Teil wird, leidet nicht nur dieser Zweig der Rechtspflege, fast ebensosehr wird die Pflege des kriminellen Strafrechts geschädigt. Dadurch nämlich, dass der Richter die allgemeinen Lehren des Strafrechts auf Polizeidelikte oftmals nur anwenden kann, indem er mit denselben paktiert, wird das Ansehen und die Unantastbarkeit dieser Prinzipien erschüttert. Sie werden lax gehandhabt, — ich denke vornehmlich an die Schuldlehre, — nicht nur im Verwaltungs- sondern auch im Justizstrafrecht. Es ist dies zwar keine logisch notwendige, aber eine thatsächliche Folge, die in der psychischen Thätigkeit des Richters ihren zureichenden Grund hat. Man darf somit die Prinzipien unseres Strafrechts nicht in den Dienst der Justiz und der Verwaltung stellen, weil hierbei Leistungen resultieren, die für die Justiz und die Verwaltung ungenügend sind. De lege ferenda muss also das Verwaltungsstrafrecht materiell selbständig gemacht werden, d. h. es muss sich auf seinen eignen Prinzipien, namentlich auf einer seinen Zwecken entsprechenden Schuld- und Irrtumslehre aufbauen. Dazu kommt als zweite grundsätzliche Forderung: das administrative Strafverfahren, die prozessuale Selbständigkeit des Verwaltungsstrafrechtes.

Die Frage aber, in welcher Richtung sich diese Reformen im einzelnen bewegen sollen, und die logisch frühere Frage, welche Delikte aus dem Justizstrafrecht auszuscheiden sind, weisen zurück auf die Aufgabe, das Wesen des Verwaltungsdeliktes klar zu legen. Wir brauchen ein Kriterium, und zwar ein praktikables, d. i. ein legislatorisch verwertbares, nach welchem wir dem Verwaltungsstrafrecht seine Materien und diesen Materien die ihnen adäquate Behandlung zuweisen können.

II. Erst jetzt sind wir genügend vorbereitet, um unsere eigentliche Aufgabe in Angriff zu nehmen: Das Wesen des Verwaltungsdeliktes auf Grund unserer Auffassung vom Strafgesetz zu ent-

---

[6]) Rosenberg, Beiträge zur Bestrafung der Uebertretungen, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. Bd. 22 S. 31 ff.



wikeln und dieser Auffassung durch die Lösung des speziellen Problems zu erproben.

Im ersten Teil (vgl. S. 27) sind wir auf die Lösung des Problems hingeführt worden, hier haben wir die dort gewonnene Einsicht auszuführen.

Die Staatsregierung hat Interessen, die von einem in vollkommenster Weise altruistisch und sozial handelnden Bürger nicht wahrgenommen werden können, es sei denn, dass er von der Regierung auf die Existenz dieser Interessen aufmerksam gemacht worden ist. Oder mit andern Worten: ein Mann, der alle Pflichten, die ihm von der kulturellen Tradition auferlegt sind, sorgsam erfüllt, kommt noch nicht all den Pflichten nach, die er gegen die Regierung hat.

Diese Pflichten kann der Bürger nur aus Mitteilungen der Regierung kennen lernen, sie sind weder aus den Vorschriften der Moral oder der Sitte, noch aus den Geboten eines andern Kulturfaktors zu entnehmen, sie sind kulturell indifferent. Die Rechtsnormen, die diese Pflichten schaffen, stehen weder im Widerspruch noch in Uebereinstimmung mit Kulturnormen, weil die Kultur die betreffende Materie überhaupt nicht ergreift.

Die Kultur verlangt wohl, dass man bei der Zubereitung von Schiesspulver mit aller Vorsicht zu Werke gehen soll, aber sie verlangt nicht, dass man für diese Zubereitung die Erlaubnis einer Behörde einholt, — das fordert nur das Gesetz (§ 367, 4). — Die Kultur ist zufriedengestellt, wenn der Gewerbetreibende seinen Kunden das Gewicht der Ware richtig angiebt, mag er auch mit unrichtigen Gewichten oder falscher Wage das richtige Resultat erzielt haben; die Regierung ist erst zufrieden, wenn sie beim Gewerbetreibenden unrichtige Masse, Gewichte oder Wagen überhaupt nicht vorfindet (§ 369, 2). — Der vorsichtige Reitersmann passiert die Brücke, auf der sich Fuhrwerke und Menschen drängen, im Schritt; wenn er dieselbe Brücke zu anderer Stunde menschenleer antrifft, so können ihn die Gebote des Verkehrs nicht abhalten, über die Brücke im Trab zu reiten; die Verwaltung aber hat Gründe, die Brücke unter allen Umständen dem schnellen Fahren und Reiten zu entziehen, und macht ihren Willen durch eine am Brückenkopf angebrachte Tafel kund.

Somit erkennen wir in den Rechtsnormen, deren Ge-

bote oder Verbote kulturell indifferent sind, die Normen des Verwaltungsstrafrechtes. Und das Verwaltungsdelikt ist dadurch charakterisiert, dass es bloss einer (durch Strafdrohung sanktionierten) Rechtsnorm, nicht aber einer Kulturnorm widerspricht. Während das kriminelle Delikt stets ebensowohl mit einer Kulturnorm als einer Rechtsnorm in Widerspruch steht, erschöpft sich das Verwaltungsdelikt darin, einer Rechtsnorm zu widersprechen. Das kriminelle Unrecht ist kraft Gesetzes und auf Grund seiner kulturellen Schädlichkeit Unrecht, das polizeiliche Unrecht ist Unrecht nur kraft Gesetzes.[7])

---

[7]) Ich knüpfe hier an eine oft vertretene Theorie an; genaue Nachweisungen finden sich bei Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht S. 439. Hervorzuheben: Stahl, (Rechts- und Staatslehre I (1870) S. 693): „Handlungen, welche nicht gegen die zehn Gebote, sondern nur gegen die Anordnungen des Staates sind, fallen nicht in die Kategorie der Verbrechen, sondern der Polizeiübertretungen". — Frank, (Zeitschrift f. d. ges. Strfrwissenschft. Bd. 18 S. 742): Zu den moralisch indifferenten Handlungen „gehört namentlich die grosse Gruppe der Polizeiübertretungen". Gegen diese Ansicht wendet sich Frank aber in den Mitteilungen der Int. Krim. Ver. Bd. 7, S. 189/190 und zwar mit Recht. (Vgl. den letzten Absatz dieser Anm.) — Ferner: van Hamel, (Mitteilungen der I. K. V. Bd. 6, S. 494 und Strafgesetzgebung der Gegenwart I. 193): „ . . . strafbare Handlungen gegen natürliches Recht (Rechtsdelikte) und Handlungen, deren Strafbarkeit erst durch ausdrückliche Vorschrift des Gesetzgebers begründet wird (Gesetzesdelikte) . . . " Diese Theorie liegt dem Niederländischen St. G. B. v. 4. März 1881 zu Grunde. — Siehe auch Bierling, Jur. Prinzienlehre I, 142.

In zwei Punkten möchte ich die Ansicht meiner Vorgänger berichtigt haben: Man kann nicht das Unrecht an sich und das Unrecht kraft Gesetzes in Gegensatz stellen, weil es kein Unrecht an sich giebt. Alles Unrecht ist kraft Gesetzes Unrecht, aber nicht alles Unrecht ist bloss kraft Gesetzes Unrecht, das kriminelle ist es auch nach dem Stande der Kultnr. Wie das ganze Recht so ist das kriminelle Unrecht ein Kultur-, nicht ein Naturprodukt; wenn auch einige unrechte Thaten im Lauf der Zeiten konstant missbilligt worden sind, so hat doch der Grad der Missbilligung gewechselt und im übrigen sind „einige" Thaten nicht alle. Man kann also nur kulturelles und kulturell indifferentes Unrecht einander gegenüberstellen. Der Begriff der Kultur weist dann auch unmittelbar daranf hin, dass ein und dasselbe Delikt zu verschiedenen Zeiten und bei verschiedeneu Nationen bald seine Stelle im Verwaltungs-, bald im Justizstrafrecht finden muss. Die Kultur ist wandelbar. Von naturrechtlichen Gedanken halten wir uns hier wie überall fern.

Zweitens: Der Begriff „moralisch indifferente Handlungen" deckt sich nicht mit dem der Polizeidelikte, weil viele Handlungen, die moralisch farblos

Zwei unverkennbare Typen von verwaltungsrechtlichen Strafgesetzen bestätigen diese Unterscheidung. Eine Reihe von Handlungen ist verboten, nur wenn man sie ohne polizeiliche Erlaubnis vornimmt; mit obrigkeitlicher Erlaubnis ist die Vornahme der Handlung straflos. Offenbar kann aber die Obrigkeit Bethätigungen, die unsere Kultur verbietet, unter keinen Umständen erlauben, nur kulturell indifferente Handlungen können, je nachdem ob die obrigkeitliche Erlaubnis gewährt ist oder nicht, straflos oder strafbar sein. In dieser Deliktsgruppe tritt das bloss durch das Gesetz geschaffene Unrecht klar zu Tage.

Eine weitere Reihe von polizeilichen Normen verbietet oder gebietet das Zuwiderhandeln gegen bestimmte polizeiliche Verordnungen oder Anordnungen; der Gesetzgeber hat die Strafdrohung nicht an ein allgemein bekanntes Gebot angeknüpft, sondern an ein speziell von der Behörde formuliertes; er hat nicht dem Strafe gedroht, der die Feier der Sonn- und Festtage stört, sondern demjenigen, der den gegen die Störung der Sonntagsfeier erlassenen Anordnungen zuwiderhandelt. (§ 366, 1). In solchen Fällen ist also das Verhalten nicht nach einem Gebot der Moral, der Sitte oder des Verkehrs einzurichten, sondern nach einem Gebot der Behörde. Man könnte, obwohl man den Kulturnormen gefolgt ist, fehl gegangen sein, man könnte, obwohl man den Sonntag heilig gehalten hat, einer Anordnung zuwider gehandelt haben. Auch in dieser Deliktsgruppe zeigt es sich deutlich, dass die Begehung der Handlung nur kraft Gesetzes unrecht ist. — Es wäre unrichtig, die Besonderheit dieser Rechtssätze nur darin zu finden, dass die Festsetzung des Thatbestandes von andern Gewalten ausgeht als die Aufstellung der Strafdrohung; gewiss, diese Besonderheit liegt vor, diese Gesetze sind Blankettgesetze. Der innere Grund dafür, dass die gesetzgebenden Körperschaften des Reichs nicht selbst den Thatbestand festgesetzt haben, ist aber der, dass hier nicht die Aufgabe zu lösen war, aus einer Kulturnorm eine Entscheidungsnorm zu machen, son-

---

sind, doch kriminell strafwürdig erscheinen, da sie nämlich andern allgemeinen Geboten z. B. des Anstands, des Verkehrs, der Berufs- oder Standessitte widersprechen. Eine Ohrfeige ist nicht immer unmoralisch, wohl aber unanständig oder ungesittet! Man müsste den Begriff der Moral unzulässig weit ausdehnen, um ihm das ganze Gebiet des kriminellen Strafrechts unterordnen zu können; deswegen muss an Stelle des Begriffs der Moral der der Kultur die Grenze ziehen.



dern die andere, auf kulturell indifferentem Gebiet Verhaltungsmassregeln aufzustellen, — eine Aufgabe, die aus dem Rahmen der gesetzgeberischen Arbeiten, aus denen ein Justizstrafgesetzbuch hervorgehen soll, vollständig herausfällt. Wir gehen am sichersten, wenn wir von der äussern Besonderheit, dass viele Polizeirechtssätze in der Form des Blankettgesetzes auftreten, gänzlich absehen; diese Form kann auch aus andern als den hier interessierenden Gründen empfehlenswert sein; wir halten uns an die sachliche Besonderheit, dass der Gesetzgeber bei einer Reihe von Delikten die Zuwiderhandlung gegen Verordnungen und Anordnungen verboten hat, und sehen darin eine Bestätigung, dass es eine Art von Unrecht giebt, die nur kraft Gesetzes besteht, das Polizeiunrecht.

III. Unsere grundsätzliche Feststellung muss in zwei Richtungen ergänzt werden; wir müssen fragen, warum erlässt der Staat Strafandrohungen, die kulturell indifferenten Handlungen gelten, und warum sind diese Rechtsnormen für den Bürger verbindlich, wir müssen das Verwaltungsstrafrecht vom Standpunkt des Staats und von dem des Individuums aus rechtfertigen.

1. Die Behandlung unserer Frage ist oftmals dabei stehen geblieben, das Polizeidelikt als Formalvergehen, als einen reinen Ungehorsam gegen die Befehle des Staates zu kennzeichnen[8]. Demgegenüber ist mit Recht hervorgehoben worden, dass auch das Formalvergehen seine materielle Grundlage haben müsse[9]. Es ist also jedenfalls unzureichend, dem kriminellen Delikt als dem Materialvergehen das Formalvergehen gegenüber zu stellen; die Gegenüberstellung enthält aber nichts Falsches, wenn sie die materielle Grundlage des Verwaltungsdeliktes nicht leugnet und weiter nichts besagen will, als dass das polizeiliche Unrecht im Gegensatz zum kriminellen nur kraft Gesetzes Unrecht ist. Die Gegenüberstellung ist jedoch falsch, wenn sie die Meinung einschliesst, dass nur das kriminelle Delikt Interessen oder Güter verletzt; dann wäre behauptet, dass sich die Polizeirechtsnormen selbst Zweck sind, dass die Pflichten, die dem Bürger aus diesen Normen erwachsen, um des Gehorsams

---

[8]) So Merkel, Binding, Hälschner, Olshausen, von Liszt, Rosin, Goldschmidt; in abgeschwächter Form Gretener u. H. Meyer, sowie Guderian Z. XXI, 828 ff.; ebenda sind Literaturangaben zu finden.

[9]) So Otto Mayer und Frank; neuerdings zutreffend Berolzheimer, die Entgeltung im Strafrecht, 1903, S. 264.

willen vorhanden sind,[10]) womit diesen Normen und Pflichten der Stempel der Unsinnigkeit aufgedrückt und ihnen die Existensberechtigung abgesprochen wäre. Jedwede Norm ist nur zu rechtfertigen als Mittel für Zwecke, die nicht in ihr selbst liegen, sie ist berechtigt, nur wenn sie Interessen dient; und jedwede Pflicht hat nur Sinn, wenn sie Interessen korrespondiert; die zwecklose Pflicht ist unverständlich und ist nicht zu rechtfertigen; man muss sie abschütteln, weil sie eine Last ist, die zu nichts gut ist. Daher kann auch *Binding*, der das Verwaltungsdelikt am schroffsten als einfachen Ungehorsam aufgefasst hat, es nicht umgehen, die materielle Bedeutung dieser Deliktsgruppe zu erforschen (Normen I, 397 ff). Da aber *Binding* streng betont, der Jurist dürfe das Deliktsmoment des sog. Polizeiunrechts „schlechterdings nicht nach dessen materiellem Gehalte bestimmen“ (l. c. S. 407), ist seine Theorie, was sie gewiss am wenigsten sein will, — revolutionär. Sie enthält geradezu die Aufforderung, die Pflichten, deren Vernachlässigung weiter nichts ist als Ungehorsam gegen den Staat, als eine willkürliche Bedrückung abzuschütteln und dem Staat den Gehorsam zu kündigen, den er nur um des Gehorsams willen fordert. — Es ist zum Glück nicht zu befürchten, dass die Normentheorie die Volksmassen ergreift, sie könnte sonst eine ähnliche Wirkung haben wie die Theorie vom contrat social.

Es ist somit wesentlich, auf das Interesse zu verweisen, dem die Polizeirechtsnormen dienen. Es ist ein Interesse des Staates, und zwar dasjenige, das er als Verwaltungskörper hat. Dieses generelle Interesse einheitlich zu charakterisieren, ist eine undank-

[10]) Man muss daher auch den Ausdruck „reiner Ungehorsam“ vermeiden. — Binding (Normen I, 410) führt folgendes aus: „Zur Bezeichnung der beiden Glieder der Einteilung gebe ich den beiden Ausdrücken reiner Ungehorsam und verbotene Güterbeschädigung oder kürzer Angriffsdelikt den Vorzug vor der Benennung formelles und materielles Unrecht. Denn letztere lädt zu der Vorstellung ein, als wäre das materielle nicht zugleich formelles Unrecht, während ja gerade der Ungehorsam die konstante Grösse in allem Unrecht ausmacht“. — Man erlaube mir, um die divergierenden Standpunkte deutlich einander entgegenzusetzen, dass ich den hier vertretenen im Anschluss an die Worte Bindings angebe: Der Ausdruck formelles Unrecht ist irre führend, denn er lädt zu der Vorstellung ein, als wäre das formelle nicht zugleich materielles Unrecht, während gerade die Güterbeschädigung (Gefährdung) die konstante Grösse in allem Unrecht ausmacht. — Beide Lehren kommen nur darin überein, dass sie die Bezeichnungen formelles und materielles Unrecht verwerfen.

bare Aufgabe, weil es in den speziellen Fällen die mannigfachsten Inhalte hat. Man muss eine sehr allgemein gehaltene Formel wählen, wenn man sowohl die Gründe des Verbots, Risse von Festungen zu veröffentlichen, als diejenigen des Gebots, „die Polizeistunde“ einzuhalten, umfassen will. Das Interesse des Staates, der „Gefahr der Gefahr“ entgegenzutreten, ist durchaus verschieden je nach der Gefahr, die in Frage steht; die Kontrollinteressen des Staates erstrecken sich über eine bunte Reihe von Gebieten; die Bestrafung von Zoll- und Steuerdelikten rechtfertigt sich aus andern Verwaltungsinteressen als die der Polizeidelikte im engern Sinn. Bei dieser Sachlage könnte es wohl geraten sein, mehrere Gesichtspunkte zu verbinden und etwa im Anschluss an *Frank* zu formulieren: Die materielle Grundlage der Verwaltungsdelikte bilden die Interessen des Staats, der Gefahr der Gefahr entgegenzutreten, die gute Ordnung des Gemeinwesens aufrecht zu erhalten, die Durchführung bestimmter gesetzlicher Vorschriften zu sichern.

Es ist nun aber ein Trieb aller wissenschaftlichen Forschung, überall bis zu einem einheitlichen Gesichtspunkt vorzudringen, die vielen Begriffe, die eine Aufgabe lösen, in einem Begriff aufgehen zu lassen. Die formale Einheit einer Gruppe von Erscheinungen zu gewinnen, ist ein wissenschaftliches Bedürfnis.

Wenn wir diesem Bedürfnis in unserer Frage genug thun wollen, so scheiden wir die Interessen des Staates in zwei Gruppen: in diejenigen, die der Staat hat, weil er ein Gemeinwesen ist, das sind die sozialen Interessen d. h. die von Kulturnormen anerkannten und geschützten Interessen, — und in diejenigen, die der Staat hat, weil er ein Gemeinwesen verwaltet, das sind die Interessen, um die sich die Kulturnormen nicht kümmern, die kulturell indifferenten Interessen, die Verwaltungsinteressen.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass diese Gruppe von Interessen vorhanden und berechtigt ist. Ihre Berechtigung bringen wir uns näher, indem wir uns vergegenwärtigen, dass die kulturell indifferenten Interessen den allgemein anerkannten keineswegs feindlich gegenüberstehen; der Staat sorgt für die gute Ordnung, in letzter Linie um seine Kulturaufgaben erfüllen zu können. Gerade wie ein Einzelner sich die Erfüllung seiner höchsten Aufgaben erleichtert, wenn er in untergeordneten Dingen auf Ordnung hält und Begebenheiten, die ihm hinderlich werden könnten, vermeidet, so auch der Staat: die

Pflege der Interessen, die der Staat als Verwaltungskörper hat, kommt in letzter Linie der Erfüllung seiner höchsten Aufgaben zu gute. [11])

In unserer Frage kommt m. E. wenig darauf an, die Verwaltungsinteressen als eine Einheit zu erfassen und in dieser Allgemeinheit zu rechtfertigen. Wichtig ist nur dieses hervorzuheben, dass jedes Verwaltungsdelikt so gut wie ein kriminelles Delikt ein Angriffsobjekt hat, dass die Pflichten, die aus den Normen des Verwaltungsstrafrechts resultieren, um bestimmter Interessen des Staates willen vorhanden sind. Im Einzelfall wird es dann kaum jemals schwierig sein, das Angriffsobjekt genau zu bestimmen; die Angabe des gesetzgeberischen Motivs führt auf das Interesse hin, dessen Verletzung oder Gefährdung strafbar ist. Hierbei wird dann die abstrakte Gefährdung von Rechtsgütern, in der man zu Unrecht das Kriterium des Polizeideliktes hat erblicken wollen, in vielen Fällen die aufgeworfene Frage richtig beantworten. Wenn aber bei einem oder dem andern Deliktsthatbestand kein des Schutzes würdiges oder bedürftiges Interesse zu finden ist, dann fehlt diesem Delikt die materielle Grundlage, dann muss es von der Kritik als unberechtigt zurückgewiesen werden. Desgleichen ist abzuweisen ein Polizeirechtssatz, der zwar Interessen, nicht aber kulturell indifferenten, sondern kulturellen dient; er würde als ein Uebergriff in das Gebiet des Justizstrafrechtes nicht zu dulden sein, er würde auf dem Wege zum Polizeistaat liegen.

2. Es bleibt uns die weitere Aufgabe, das Verwaltungsstrafrecht vom Standpunkt des Individuums zu rechtfertigen; erst bei ihr erreichen wir den problematischen Punkt. Denn überall, wo es gilt, staatliche Thätigkeiten im allgemeinen zu rechtfertigen, ist es nicht so sehr fraglich, ob der Staat etwas von seinem Standpunkt aus Berechtigtes thut, sondern vielmehr, ob der Bürger, der von dieser Thätigkeit ergriffen wird, dieselbe gutheissen kann.

Die Polizeistrafe ist für denjenigen, der ihr verfällt, unter zwei Voraussetzungen gerechtfertigt: das Vorgehen des Staates muss be-

[11]) Die Lehre, dass die Polizei eine Sonderaufgabe hat, nämlich den Verwaltungsinteressen zu dienen, hört auf, richtig zu sein, wenn sie mehr sein will als die Verselbständigung einer Gruppe von Interessen und infolgedessen die Interessen der Verwaltuug ausser Beziehung zu deu übrigen Zwecken des Staates setzt.



rechtigten Interessen der Verwaltung dienen, worauf wir nicht zurückzukommen brauchen; es müssen weiterhin die Bedingungen, von denen die Verbindlichkeit der Rechtsnorm abhängig ist, erfüllt sein. Unter welchen Bedingungen ist nun die Verbindlichkeit der Normen des Verwaltungsstrafrechtes gesichert?

Ihr Inhalt stimmt nicht mit dem von Kulturnormen überein; das Prinzip also, welches uns die Verbindlichkeit der übrigen Rechtsnormen hat einsehen lassen, versagt hier. Wenn wir nun aber festhalten, dass nur derjenige als ein Verpflichteter behandelt werden kann, der sich seiner Pflichten bewusst ist, — wenn ferner unsere Meinung, dass die Thatbestände der Verwaltungsdelikte durch ihren kulturell indifferenten Inhalt gekennzeichnet werden, richtig ist, dann giebt es nur eine Möglichkeit, diese Normen mit verpflichtender Kraft auszustatten: der Staat muss sie dem Bürger mitteilen. Die Normen des (materiellen) Verwaltungsstrafrechts sind die einzigen Rechtsnormen, die nicht nur für die mit der Handhabung betrauten Organe, sondern auch für das Volk (für die Interessenten) Normen sind;[12]) ihre verpflichtende Kraft beruht somit darauf, dass sie als abstrakte Befehle des Staats denjenigen, die die Norm angeht, wirksam bekannt gegeben werden. Die unmittelbare Erteilung des Befehls (also nicht etwa die „Publikation“) rechtfertigt das Verwaltungsstrafrecht.

Dieses Ergebnis ist für uns als Folgerung aus der Gesamtheit der hier vertretenen Anschauungen richtig, es ist folgerichtig; wenn die Konsequenz, bei der wir anlangen, aber nicht gegen uns zeugen soll, so muss sie in den bestehenden Verhältnissen bereits gezogen sein d. h. sie muss den Thatsachen entsprechen. Es muss also nachweisbar sein, dass der Staat in der That dem Bürger die Pflichten, die den Verwaltungsinteressen des Staates entsprechen, durch unmittelbaren (abstrakten)[13]) Befehl auferlegt. Es ist nachweisbar;

---

[12]) Es ist natürlich nicht zu übersehen, dass es Verwaltungsverordnungen mit bloss interner Wirkung giebt d. h. solche, die nur an die Beamten adressiert sind, weil ihr Inhalt keinen andern angeht. (Dienstinstruktionen, Geschäftsordnungen u. dgl.) Vgl. Jellinek, Gesetz und Verordnung S. 386.

[13]) Die konkreten von der Verwaltung an den Unterthanen ergehenden Befehle d. h. die Polizeibefehle, durch welche ein Handeln für einen einzelnen Fall angeordnet wird, haben für unsere Frage keine Bedeutung; sie entsprechen, gleichviel ob sie in der Form der Entscheidung oder der Verfügung ergehen, den Ent-

der Staat, dem es nicht in den Sinn kommt, die Normen des Justizstrafrechtes im Volk bekannt zu machen, sorgt dafür, dass die des Verwaltungsstrafrechts jedem, den sie angehen, bekannt werden können. Die Bekanntmachung findet sich in vier Modalitäten:

a. Viele Polizeidelikte können nur an bestimmten Orten begangen werden; es genügt daher demjenigen, der an den Ort kommt, das Verbot bekannt zu geben. Die Tafeln an Brücken und Strassen, auf Marktplätzen und Bahnhöfen erfüllen diese Aufgabe.

b. Viele Verwaltungsdelikte können nur bei Ausübung einer bestimmten Thätigkeit begangen werden, etwa beim Radfahren, beim Fischen, beim Einkleben von Versicherungsmarken, im Betrieb einer Schankwirtschaft oder eines sonstigen Gewerbes. Wer die Thätigkeit aufnimmt, muss sich mit Behörden in Verbindung setzen, sich irgend einen Erlaubnisschein oder eine Quittung über bezahlte Gebühren oder eine Legitimationskarte oder dgl. verschaffen. Auf diesen Karten und Scheinen sind regelmässig die Polizeirechtssätze (Gesetze, Verordnungen) abgedruckt, die der Inhaber beobachten muss, um sich nicht strafbar zu machen. Dieser Abdruck der in Frage kommenden Bestimmungen instruiert den Inhaber der Karte über seine Pflichten. [14])

c. Andere Verwaltungsrechtsnormen, die sich ebenfalls auf irgendwelche bestimmte Thätigkeiten, Veranstaltungen oder Gewerbebetriebe beziehen, ergehen von vornherein mit dem Zusatz, dass derjenige, den das Gesetz (oder die Verordnung) angeht, ein Abdruck desselben in Händen haben muss. Der Droschkenkutscher muss das ihn angehende Reglement in seinem Wagen liegen haben; der Fabrikant muss Verfügungen etwa über die Beschäftigungszeit jugendlicher Arbeiter oder über die Zahl der Arbeiter, die in einem Saal von der und der Grösse beschäftigt werden dürfen, in den Fabrikräumen

---

scheidungen der ordentlichen Gerichte, sie sind Verwirklichungen von Rechtssätzen, — oder, um der freieren Bewegung der Verwaltungsbehörden Rechnung zu tragen, Vollziehungen von Rechtssätzen.

Unsern Gegenstand bilden hier die abstrakten Polizeibefehle d. h. die in den Polizeigesetzen und Polizeiverordnungen enthaltenen Gebote und Verbote, die allgemein ein Handeln anordnen oder untersagen, — und zwar nur die unter Strafdrohung stehenden. Vgl. hierzu Otto Mayer, deutsches Verwaltungsrecht I, S. 273 u. 84/85.

[14]) In diesen und in den unter c angeführten Erscheinungen finden wir die Pflichtenlehre, auf die wir bei der Besprechung der Kriegsartikes (S. 95) verwiesen haben.

aushängen; das Reichsgesetz betreffend den Verkehr mit Wein etc. (vom 24. Mai 1901) bestimmt im § 9: „Jeder Inhaber von Keller-, Gähr- und Kelterräumen oder sonstigen Räumen, in denen Wein oder Schaumwein gewerbsmässig hergestellt oder behandelt wird, hat dafür zu sorgen, dass in diesen Räumen an einer in die Augen fallenden Stelle ein deutlicher Abdruck der §§ 2 bis 8 dieses Gesetzes ausgehängt ist". (Strafbestimmung hierzu § 17.) Die Beispiele lassen sich leicht vermehren.[15]) Auch diese Erscheinungen bekunden, dass der Staat es sich angelegen sein lässt, die Strafrechtsnormen mit kulturell indifferentem Inhalt dem Interessenten bekannt zu machen.

d. Endlich ist es vielfach üblich, Verordnungen, die die Einwohner einer Stadt oder eines Bezirkes angehen, nicht nur einmal auf dem verfassungsmässigen Wege zu publizieren, sondern sie jährlich oder noch öfters in den Tagesblättern zum Abdruck zu bringen oder auch unter Umständen an den Strassenecken anschlagen zu lassen; z. B. Bestimmungen über Strassenreinigung, Teppichklopfen, Hundesteuer, Anzeigepflichten. Diese Bekanntmachungen erfolgen entweder in Verbindung mit einer Verfügung, also veranlasst durch die Notwendigkeit, einen konkreten Befehl zu erteilen, oder auch ohne solche Veranlassung.

Es ist somit unverkennbar, dass der Staat oder die Organe des Staates oder andere Beamten, die mit der Verwaltung betraut sind (Gemeindebeamte u. a.), eine umfangreiche Thätigkeit entfalten, um den Bürger über die Pflichten, die er der Verwaltung gegenüber hat, zu unterrichten; dadurch wird zu der juristischen Verbindlichkeit dieser Normen, die natürlich von einer wirksamen Bekanntmachung unabhängig ist, die thatsächliche hinzugefügt. Es fehlt zur Zeit nur die prinzipielle Anerkennung, dass derartige Bekanntmachungen notwendig sind, und die systematische Ausführung dieser Thätigkeit;[16])

[15]) Siehe etwa noch die Bahnordnung für die Nebeneisenbahnen vom 5. Juli 1892 § 45, Seemannsordnung vom 2. Juni 1902 § 133, Ges. betr. die Stellenvermittlung für Schiffsleute vom 2. Juni 1902 § 10.

[16]) Es darf hier vielleicht beigefügt werden, dass unsere Gesetzgebung überhaupt sorgfältiger darauf achten sollte, dass besondere Rechte, die sie gewährt, und besondere Pflichten, die sie auferlegt, — z. B. in prozessualen Angelegenheiten — dem Interessenten mitgeteilt werden. Es geschieht bisher nicht in ausreichendem Masse. — Eine wohlweise gesetzliche Bestimmung findet sich z. B. in dem Entwurf eines Gesetzes betreffend den bedingten Straferlass, den W. Mittermaier kürzlich in seinem Bericht an die Justizdirektion des Kantons Bern aufgestellt



diese Mängel sind aber weiter nichts als eine Begleiterscheinung des grossen Mangels, dass es in der Praxis heutzutage kein Verwaltungsstrafrecht giebt.

Immerhin müssen wir angesichts dieser Verhältnisse unsere Erklärung der verpflichtenden Kraft der Verwaltungs-Strafrechtssätze als eine Forderung de lege ferenda aussprechen: Diese Normen sollen als abstrakte Befehle an den Bürger behandelt werden, denn sie sind es ihrer Natur nach. Und die gegebenen Zustände bestätigen uns, dass wir keineswegs eine unerhörte Forderung aufstellen, sondern eine, der schon heute im weitesten Masse genügt wird.

IV. Erst nunmehr haben wir den Standpunkt gewonnen, von dem aus sich die Bedeutung der Lehre, dass die Normen des Verwaltungsstrafrechts einen kulturell indifferenten Inhalt haben, verwerten lässt.

1. Zunächst erkennen wir nun deutlich das juristische Kriterium, das die Normen des Justiz- von jenen des Verwaltungsstrafrechtes scheidet: Während erstere sich als abstrakte Befehle lediglich an die Staatsorgane wenden, sind die Normen des Verwaltungsstrafrechtes ebensowohl abstrakte Befehle an die Organe, denen die Handhabung obliegt, als auch abstrakte Befehle an den Unterthanen, den die Norm angeht.[17]) Es sind in dieser Richtung keine weiteren Ausführungen

---

hat. („Der bedingte Straferlass", Schweizerische Zeitschr. f. Strafr. XVI, 31 ff.) Art. 9 § 2 dieses Entwurfes bestimmt: „Alle gerichtlichen Entscheide werden dem Betroffenen sofort von Amtswegen schriftlich mitgeteilt. Dem den Aufschub bewilligenden Beschluss ist ein Abdruck dieses Gesetzes beizuheften". Da der Verurteilte während der Bewährungsfrist besondere Pflichten hat und diese nur aus dem Gesetz erfahren kann, da die ganze Massnahme nur wirksam sein kann, wenn der Verurteilte weiss, welche Folgen sein Verhalten haben wird, ist die Bestimmung durchaus angebracht.

[17]) Otto Mayer hat in seinem Deutschen Verwaltungsrecht schärfer, als es gemeinhin zu geschehen pflegt, betont, dass sich die Gesetze (nicht nur die Strafgesetze) in erster Linie an die Staatsorgane wenden; und bei der Kennzeichnung der äussern Wirkung der Gesetze vermeidet Mayer Wendungen, die das Gesetz als Befehl an das Volk erscheinen lassen könnten, und spricht regelmässig davon, dass der Rechtssatz dem Unterthanen „die rechtliche Bestimmung eines Sollens und Dürfens gegenüber der öffentlichen Gewalt gebe" (vgl. I, 81 ff. und 306 ff.), was wohl dasselbe heisst, wie dass der Rechtssatz nach aussen als Garantie wirkt. Wenn die hier vertretene Grundanschauung von Mayers Lehren abweicht, so ist die Differenz jedenfalls unbedeutend. Dagegen liegt eine nicht unerhebliche Differenz darin, dass Otto Mayer dem Polizeistrafrechtssatz nach aussen hin

nötig. Nur zweierlei möchte ich noch hervorheben: Während die Normen des kriminellen Strafrechts im grossen Ganzen dem Laien unverständlich sind, sind die des Verwaltungsstrafrechtes dem Interessenten stets verständlich, — nicht immer aber dem Juristen. Man muss Jurist sein, um den Thatbestand des Betruges oder sonst eines kriminellen Delikts zu erfassen; die Thatbestände des Polizeirechts sind ohne juristischen Kommentar zu begreifen, müssen aber nicht selten für den Juristen von einem Fachmann kommentiert werden; man muss Schiffer sein, um die Thatbestände des Schiffahrt-Polizeirechtes genau zu erfassen. Während also die Redaktion des Strafgesetzbuchs es uns unmöglich macht, diese Rechtssätze als Befehle an das Volk anzusehen, giebt uns die Redaktion des Polizeirechtes alles Recht, diese Anordnungen auch an die Interessenten zu adressieren.

Zweitens möchte ich einen Rückschluss auf unsere Grundthese ziehen. Je mehr man sich bewusst wird, dass die juristisch-einfache Redaktion und die wirksame Bekanntmachung der Verwaltungsstrafrechtssätze natürliche Eigentümlichkeiten dieser Deliktsgruppe sind, um so mehr wird man einsehen, dass die faktischen Grundlagen für die Annahme, die Strafrechtssätze seien an das Volk adressiert, fehlen. Die Einsicht in das Wesen von Rechtssätzen, die für das Volk nicht bloss Garantien, sondern in der That Normen sind, zeigt uns, wie die Rechtsnormen, die von der Justiz angewendet werden, beschaffen sein und behandelt werden müssten, wenn es nicht eine Fiktion sein sollte, sie als Befehle an das Volk aufzufassen.

2. Das Kriterium, das die beiden Arten von Strafrecht scheidet, hat nicht nur juristisch-theoretischen, sondern praktischen Wert; es ist brauchbar für den Gesetzgeber, der die dem Verwaltungs-

---

generell keine andere Wirksamkeit zugesteht als den übrigen Rechtsnormen: „Der Polizeistrafrechtssatz wendet sich wie jedes Strafgesetz immer in erster Linie an die zur Strafverhängung berufene Behörde: es wird bestimmt, was von ihr aus dem Unterthanen gegenüber geschehen soll; die zweiseitige Natur des Rechtssatzes erzeugt dann gleichzeitig auch die entsprechende rechtliche Bestimmtheit des Unterthanen, wonach er solches von der Behörde zu gewärtigen hat". (S. 308.) In dieser Kennzeichnung fehlt m. E. das Specifikum des Polizeistrafrechtssatzes, nämlich dass er für die Unterthanen ein Befehl ist; in Einzelfällen erkennt Otto Mayer jedoch diese Besonderheit an, was namentlich auf S. 273 und 310 deutlich wird.



strafrecht zuzuweisenden Delikte aussondern will.[18]) Wer diese Arbeit unternimmt, muss sich bei jedem Thatbestand die Frage vorlegen: Wird dieses Verbot (oder Gebot) von der kulturellen Tradition an den Unterthanen herangetragen oder bedarf es einer besonderen Veranstaltung, um es dem Unterthanen bekannt zu machen. Jedesmal wenn man nicht annehmen kann, dass eine (allgemeine oder besondere) Kulturnorm die Rechtsnorm thatsächlich verbindlich macht, muss man die Rechtsnorm dem Verwaltungsstrafrecht zuweisen. Dieses Kriterium halte ich für praktikabel, denn es ist einfach und präzis. Es ist einfach, weil es den Gesetzgeber auf Erwägungen verweist, die ihm schon von seinem instinktiven Takt geboten werden; sich über den Inhalt und die Grenzen der nationalen Kultur Rechenschaft zu geben, das ist von jeher die natürliche Grundlage aller gesetzgeberischen Arbeit gewesen. Das Kriterium ist ferner präzis, weil die entscheidende Frage, ob eine bestimmte Pflicht im Bewusstsein der in Betracht kommenden Gruppe (oder der Nation) lebt, den Gesetzgeber vor eine deutliche Alternative stellt. Es versteht sich aber von selbst, dass hiermit nicht alle Schwierigkeiten beseitigt sind. Die Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt der kulturellen Tradition sind nicht zu umgehen; und so wird man in vielen Einzelfällen darüber streiten können, ob die in Frage stehende Pflicht nach dem Stande unserer Kultur schon besteht oder ob sie erst durch das Gesetz geschaffen

---

[18]) Gerade in dieser praktischen Frage haben m. E. die bisher vertretenen Theorien versagt, — sie mussten versagen, weil sie in allen Gesetzen Befehle an das Volk erblickt haben und daher die Besonderheit der Normen des Verwaltungsstrafrechts nicht scharf genug herausarbeiten konnten. Vgl. etwa Goldschmidt, Verwaltungsstrfr. S. 577: „Ein gegen den verwaltenden Staat als solchen gerichtetes Delikt bleibt Verwaltungsdelikt, solang als allein die Vorschriftswidrigkeit in Betracht kommt: denn daraus erhellt, dass es sich um eine im Interesse des — imaginären — öffentlichen Wohls erlassene Verwaltungsvorschrift handelt. Es wird Rechtsdelikt, sobald als die Machtsphäre des verwaltenden Staats als — reales — Schutzobjekt in Frage kommt: denn dies ist das untrügliche Zeichen, dass eine wirkliche Rechtsvorschrift in Frage steht". Selbst wenn diese Unterscheidung theoretisch haltbar wäre, ein praktikables Kriterium böte sie uns nicht. — Vom Standpunkt der Entgeltungstheorie (Berolzheimer, die Entgeltung im Strafrecht, 1903, S. 261) ergiebt sich als „prinzipielle Abgrenzung des Polizeiunrechts gegenüber dem kriminellen Unrecht": „Objekt des Strafrechts ist der schlechte Mensch, Objekt des Polizeistrafrechts ist der unordentliche Mensch". Auch mit dieser Abgrenzung kann der Gesetzgeber wenig anfangen.

werden muss. Dieser Streit mindert nicht die Brauchbarkeit des Prinzips. Man darf schliesslich auch von Prinzipien nicht mehr verlangen, als sie leisten können und sollen, und man verlangt zu viel, wenn man sie so gestaltet sehen will, dass ihre Anwendung in keinem einzigen Fall Schwierigkeiten macht.[19])

3. Endlich ist unsere Einsicht in die Natur des Verwaltungsdeliktes geeignet, den Weg zu weisen, um die prozessualen und materiellrechtlichen Grundsätze für die Behandlung des Verwaltungsstrafrechtes aufzustellen. Es kann aber nicht daran gedacht werden, diese gesetzgeberische Aufgabe hier — gewissermassen gelegentlich — in Angriff zu nehmen; die mannigfachen Erwägungen, die hier anzustellen wären, sind den Ausführungen dieser Studie mehr oder minder fremd. Um es aber nicht als eine leere Behauptung erscheinen zu lassen, dass aus dem Wesen des Verwaltungsdeliktes Folgerungen für seine Behandlung gezogen werden können und müssen, verweise ich auf die uns am nächsten liegende Konsequenz.

Wenn man zugiebt, dass das Verwaltungs-Strafgesetz verbindlich ist, weil es ein Befehl an den Bürger ist, darf man den nicht bestrafen, der den Befehl nicht hat vernehmen können. Der Grundsatz, ignorantia legis nocet, darf auf dem Gebiet des Verwaltungsstrafrechtes nicht gelten;[20]) und wenn man ihn hier abschafft, so wird man mit vielen Unbilligkeiten, die heute bestehen, auf-

---

[19]) In Gemässheit des aufgestellten Prinzips würde ich aus dem 29. Abschnitt des St.-G.-B.'s folgende Thatbestände dem Verwaltungsstrafrecht zuzählen:

§ 360 alle Ziffern ausser 8, 10, 11, 13;
§ 361 Ziffer 1, 2, 6 und 9 nur teilweise;
§ 365;
§ 366 Ziffer 1, 2 (teilweise), 10;
§ 366a;
§ 367 alle Ziffern ausser 6, 7, 10, 12; 1 und 11 aber nur teilweise;
§ 368 alle Ziffern ausser 5, 6, 7, 11;
§ 369 ganz;
§ 370 Ziffer 3 und 4.

Es kann nun ausserdem zweckmässig sein, kriminelle Delikte wegen ihrer Geringfügigkeit ganz oder teilweise den Grundsätzen des Verwaltungsstrafrechtes zu unterstellen, je nach der Fassung dieser Grundsätze.

[20]) Den entgegengesetzten Standpunkt bringt das Vereinszollgesetz v. 1. Juli 1869 im § 163 ausdrücklich zur Geltung: „Unbekanntschaft mit den Vorschriften dieses Gesetzes und der in Folge derselben gehörig bekannt gemachten Verwaltungsvorschriften soll Niemand, auch nicht den Ausländern, zur Entschuldigung gereichen".

räumen,[21]) — man wird den Diensteifer der Teppiche klopfenden Babette nicht mehr bestrafen müssen. Zu unhaltbaren Ergebnissen würde man aber gelangen, wenn man fordern wollte, dass der Uebertreter des Verbots oder Gebots dasselbe thatsächlich gekannt hat, es genügt, dass er es hätte kennen sollen und hätte kennen können. Man wird also die fahrlässige Unkenntnis des Gebots der Kenntnis desselben gleichstellen. Und zur Erleichterung des Verfahrens mag man präsumieren, dass der ordnungsgemäss und wirksam bekannt gemachte Rechtssatz jedem Interessenten bekannt ist, und von der Strafe nur absehen, wenn es glaubhaft ist, dass der Uebertreter denselben ohne Fahrlässigkeit nicht gekannt hat.

— Wenn es gelungen ist, die Lösung der „die Juristen in Verzweiflung setzenden Frage" zu fördern, so hat unsere Theorie Erkenntniswert.

---

[21]) Vgl. Goldschmidt, Archiv S. 75.

Sechstes Kapitel.

Bindings Normentheorie.

Bindings Normentheorie und die Ausführungen dieser Studie stimmen in einem Punkte überein und weichen in einer ganzen Reihe von Punkten weit von einander ab. Die Uebereinstimmung liegt in der Erkenntnis, dass neben den Strafgesetzen andere Vorschriften (bei *Binding* „Normen“, hier „Kulturnormen“) fundamentale Bedeutung für die Theorie und Praxis des Strafrechts haben. Dagegen bestehen erhebliche Differenzen in allen Erkenntnissen, die über die Einsicht, dass eine derartige Zweiteilung notwendig ist, hinausgehen. Ich kann weder den Begriff der Norm, noch den des Strafgesetzes, so wie ihn *Binding* ausgearbeitet hat, anerkennen. Um das Verhältnis der beiden Auffassungen anschaulich und dadurch deutlich zu machen, stelle ich dieselben in schematischer Darstellung einander gegenüber.

Bindings Normentheorie:

Rechtssätze:

Normen;	Strafgesetze;
sie sind:	sie sind:
a) Sätze des öff. Rechts, nicht des Strafrechts;	a) keine Normen, sondern Strafrechtssätze;
b) Befehle, die vom Volk Gehorsam gegen den Staat verlangen.	b) keine Befehle, sondern den Staat zur Strafe berechtigende (verpflichtende) Sätze.

Die Theorie dieser Studie:

Normen:

Kulturnormen;	Rechtsnormen;
sie sind:	sie sind:
a) keine Rechtssätze;	a) Normen, und zwar Rechtssätze, (Strafrechtssätze);
b) Befehle, die vom Volk pflichtgemässes (= soziales) Verhalten verlangen.	b) Befehle an die Staatsorgane.

Eine Vergleichung der Begriffe, die an den einander entsprechenden Stellen stehen, sagt alles, was ich grundsätzlich über die Normentheorie zu sagen habe; die Vergleichung rekapituliert wohl auch für den Kundigen die Bedenken, die von den Gegnern der Normentheorie geltend gemacht worden sind. Ausdrücklich möchte ich nur noch die Hauptdifferenz hervorheben:[1]) Die „Normen" sind nach *Binding* Rechtssätze, nach dieser Studie sind sie Kulturnormen.

Die Aufgabe, die Normen als Rechtssätze nachzuweisen und zu formulieren, ist zugleich das Lieblings- und das Schmerzenskind der Normentheorie. Die Aufgabe wird nicht nur um ihrer selbst willen in Angriff genommen, in letzter Linie soll ihre Lösung das Wesen des Unrechtes und in Sonderheit das des Deliktes erklären. „Die Normen und ihre Uebertretung", dieses Werk führt den erläuternden Untertitel: „Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts". Wenn man gründlich nachweisen will, dass es unrichtig d. h. unsern Erkenntnissen hinderlich ist, die Normen als Rechtssätze zu charakterisieren, muss man die Lehre vom Unrecht schreiben. Und dabei wird der Punkt, an dem sich der richtige vom unrichtigen Weg scheidet, dort erreicht sein, wo die Frage entsteht: Sind subjektive Rechte oder sind Rechtsgüter das Angriffsobjekt des Unrechts und in welchem Sinne sind sie es. Nach der Normentheorie sind es prinzipiell (nicht ausschliesslich) die subjektiven Rechte.[2]) Jedem

---

[1]) Ich komme hier nicht auf die schon hervorgehobenen Differenzen, (vgl. bes. S. 14 u. 32 ff.), namentlich nicht auf die das Strafgesetz betreffenden zurück: Nach Binding ist das Strafgesetz nicht Norm, m. E. ist es Norm, — Norm für den Richter. — Um sich zu überzeugen, dass es geradezu unnatürlich ist, das Strafgesetz nicht der Norm zu subsumieren, lese man etwa noch die Sätze nach, die Binding selbst (Handbuch, 156/157) als Ausgangspunkt für die Begriffsbestimmung der Norm wählt: „Normen sind Gebote und Verbote von Handlungen. Sie sind so genannt worden, weil sie den handlungsfähigen Menschen als Richtschnur für ihr Verhalten und zwar als Schranke ihrer Freiheit dienen. Sie wollen ihnen sagen, was sie nicht dürfen und was sie müssen". — Das passt Wort für Wort auf die Strafgesetze und auf alle Gesetze, wenn man sich unter den Menschen, denen die Gebote und Verbote erteilt werden, die Staatsorgane denkt.

[2]) Binding hat in seinen letzten Aeusserungen zu dieser Frage (Grundriss, Allg. Tl. 1902, S. 102) das Gehorsams-Recht des Staates nach wie vor als Angriffsobjekt der Delikte bezeichnet; aber dieses Recht tritt zurück hinter die Rechtsgüter. Binding kommt zu dem Ergebnis: „So ist das Rechtsgut das prin-

subjektiven Recht entspricht eine Unrechtsart; Angriffsobjekt der einen Unrechtsart, des Delikts, ist das staatliche Recht auf Botmässigkeit; dieses Recht und die Pflichten, die ihm gegenüberstehen, setzen Rechtssätze voraus. Die Normen müssen als Rechtssätze aufgefasst, nachgewiesen und formuliert werden, um das Angriffsobjekt des kriminellen Unrechts zu konstruieren. Giebt man nun aber die Ansicht auf, dass sich jedes Delikt gegen das subjektive staatliche Recht auf Botmässigkeit wendet, dann schwindet die Notwendigkeit, neben die Strafgesetze noch eine zweite Art von Rechtssätzen zu stellen, dann erscheinen die Regeln, die *Binding* Normen nennt, in ihrer wahren Gestalt, als Kulturnormen. Um Rechte und Pflichten zu konstruieren, braucht man Rechtssätze, braucht *Binding* seine Normen; Interessen (Güter) und Pflichten setzen Kulturnormen voraus.

Auch von andern Ausgangspunkten aus, kann der Nachweis geführt werden, dass die Normen (im Sinne *Bindings*) nicht als Rechtssätze existieren. Wenn es im Wesen des Rechtssatzes liegt, den Organen des Staates Befehle zu erteilen, können die Regeln, die von den Unterthanen irgend ein Verhalten fordern, nicht Rechtssätze sein. Und diese Abhandlung soll nachgewiesen haben, dass der Befehl an die Staatsorgane das wesentlichste Kriterium des Rechtssatzes ist; je besser es ihr gelungen ist, um so sicherer ist die Norm nicht Rechtssatz. Ferner: Nach *Bindings* Lehre müssen Normen, die nirgends gesetzlich formuliert sind, aus dem Thatbestand der Strafgesetze entnommen werden. Es giebt also Rechtssätze, die sich nur mittelbar auf den Gesetzgeber zurückführen, die aber unmittelbar von Rechtssätzen, nämlich von Strafgesetzen geschaffen worden sind. Diese Rechtssätze sind niemals publiziert worden, wenigstens nicht in selbständiger Form; erst die Wissenschaft unterzieht sich der oftmals schwierigen Aufgabe, diese Rechtssätze zu formulieren. Und gerade diese

---

zipale Verbrechensobjekt. Rechtsgut ist nun alles, was selbst kein Recht doch in den Augen des Gesetzgebers als Bedingung gesunden Lebens der Rechtsgemeinschaft für diese von Wert ist, an dessen unveränderter und ungestörter Erhaltung sie nach seiner Ansicht ein Interesse hat, und das er deshalb durch seine Normen vor unerwünschter Verletzung oder Gefährdung zu sichern bestrebt ist". Von diesem Standpunkt aus, dem durchaus beizupflichten ist, bis zur Verwerfung der Norm als Rechtssatz ist der Schritt klein.

Rechtssätze, zu denen der Gelehrte nur mit Mühe vordringt, sind Befehle, die sich an das Volk richten, sind Vorschriften, die dem Gesetzesunterthanen Pflichten auferlegen! Diese vom Gesetzgeber nur mittelbar geschaffenen, erst von der Wissenschaft formulierten, an das Volk gerichteten Rechtssäze sind unverkennbar das doktrinäre Produkt einer „Theorie.“

Die Normen sind keine Rechtssätze, schon des öfteren ist der Einwand erhoben worden[3]). Unrichtig aber ist es fortzufahren: vielmehr sind sie Bestandteile von Rechtssätzen. Und ebenso unrichtig ist es zu behaupten, weil sie nicht Rechtssätze sind, haben sie keinen Wert. Im Gegenteil, gerade weil sie keine Rechtssätze, sondern Kulturnormen sind, leisten sie unendlich viel für unsere Erkenntnisse, was hoffentlich zur Genüge ausgeführt ist. Als Bestätigung dafür, dass diese veränderte Auffassung der Normen unsern Erkenntnissen Dienste leistet, führe ich aber in erster Linie die Normentheorie an. Ein grosser Teil nämlich des wertvollen Gehaltes dieser Lehre ist berechtigten Einwänden dadurch entrückt, dass man das Dogma, die Norm ist Rechtssatz, fallen lässt.

So ist z. B. die eine Grundlehre *Bindings,* dass jedes Delikt die Uebertretung eines Befehles ist, der ausserhalb der Strafdrohung besteht und logisch ihr vorausgeht, eine bedeutungsvolle Einsicht; nicht etwa weil sich aus dieser Lehre die Scheidung von Delikt und Verbrechen ergiebt, die Einsicht ist bedeutungsvoll, weil sie uns die Strafwürdigkeit des Deliktes erklärt, die ja notwendig vor der Strafdrohung bestanden haben muss und somit nicht erst durch das Strafgesetz geschaffen werden kann. Diese Verselbständigung des Grundes der Strafwürdigkeit ist aber grundlegend für die ganze Schuldlehre des Strafrechts, also für die Strafrechtswissenschaft überhaupt. Wenn man nun jenen Befehl vom Staat ausgehen lässt und ihn in Rechtssätzen (Normen im Sinne *Bindings*) niederlegt, dann setzt man seine Praeexistenz berechtigten Zweifeln aus und erklärt die Strafwürdigkeit der Handlungen,

---

[3]) Siehe besonders Merkels Besprechung des Bindingschen Handbuchs in der Zeitsch. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft VI, 496 ff. (bes. 517), Laband, Staatsrecht I, 443 (Anm.) Ferner Wach, Hugo Meyer, Hälschner, Cohn Lukas und hierzu Bindings Literaturangaben im Handbuch S. 156 u. S. 161.



die nicht auf der staatlichen Thätigkeit des Rechtssetzens beruhen kann, schliesslich doch wieder aus Rechtssätzen. Wenn man hingegen jenen Befehl, auf den soviel ankommt, ausgehen lässt von der Moral, der Sitte, den Standes- oder Berufsgewohnheiten etc., wenn man ihn auffasst als das Produkt sozialer Interessen, als Forderung der Kultur, dann ist es evident, dass derselbe logisch und zeitlich der Strafsatzung vorangeht, dann begründet nicht der Staat, sondern die Kultur, die das antisoziale Verhalten abweist, die Strafwürdigkeit der Handlungen, — dann ist der wertvolle Gehalt dieser Grundlehre der Normentheorie von störendem Beiwerk befreit[4]).

In ähnlicher Weise nehmen wir Stellung zu dem Hauptvorwurf gegen die Normentheorie, dem Vorwurf des Formalismus, den die Kritik fast einmütig erhoben hat. „Der Grundfehler der Normentheorie liegt in der rein formalen Auffassung des Delikts als einer Verletzung der Gehorsamspflicht, wobei die Richtung des Verbrechens gegen die Lebensbedingungen der rechtlich geordneten Menschengemeinschaft völlig in den Hintergrund tritt“. (*v. Liszt*, Lehrbuch S. 67). [5]) *Binding* hat sich wiederholt gegen diesen Vorwurf verwahrt, zuletzt in seinem Grundriss (6. Aufl. 1902, S. 61). Dort ist betont, dass „die Uebertretung der Verletzungs- und Gefährdungsverbote in dem verletzten oder gefährdeten Rechte oder Rechtsgute ein zweites Angriffsobjekt von materieller Bedeutung findet“. In der Lehre, nach welcher jedes Delikt Normwidrigkeit und deshalb Unbotmässigkeit ist, liege

---

[4]) Ich komme vollständig mit **Kohlrauschs** Urteil über die Normentheorie überein (Irrtum und Schuldbegriff 47): „Nach alledem ist die Normentheorie abzulehnen. Zuzugeben ist, dass sie die Fragestellung insofern ganz wesentlich gefördert hat, als sie die Notwendigkeit betont, zur Bestimmung des Schuldinhalts einen Schritt rückwärts zu gehen und zu untersuchen, welches das eigentliche Objekt des Strafgesetzes ist, woran dieses anknüpft. Ihr Fehler liegt aber darin, dass sie diesen Schritt nur halb thut, dass sie nicht zurückgeht bis auf den materiellen Gehalt des Delikts, sondern bei der normwidrigen Handlung stehen bleibt“. — Mit meinen Worten: Ihr Fehler liegt darin, dass sie nicht bis zur Kulturnorm zurückgeht, sondern bei der Norm als einem Rechtssatz stehen bleibt.

[5]) Man sollte übrigens nicht von der rein **formalen**, sondern von der **formalistischen** Auffassung des Deliktes sprechen; formal ist auch die Kennzeichnung des Deliktes als Rechtsgüterverletzung. Vgl. **Stammler**, Richtiges Recht S. 218.

aber „die genaue juristische Bezeichnung der einzigen Quelle, welche eine Handlung zur rechtswidrigen stempeln kann. Nicht ihre gemeinschädliche, im Modejargon „antisoziale“ Natur macht sie rechtswidrig, sondern das Gesetz erklärt sie dazu“.

Angesichts dieser Aeusserungen ist der Normentheorie folgende Alternative zu stellen: Entweder will sie durch den Begriff der Norm und durch die Annahme eines staatlichen Rechtes auf Botmässigkeit den juristischen Grund aufdecken, auf welchem die Rechtswidrigkeit von Handlungen beruht. Dann ist es berechtigt, das Rechtsgut als ein sekundäres Angriffsobjekt zu bezeichnen; dann schrumpft aber auch die Leistung des Normenbegriffs auf die nichtssagende Belehrung zusammen, dass diejenigen Handlungen rechtswidrig sind, die den Normen zuwider sind.

Oder die Normentheorie will mehr, — und man würde zu gering von ihr denken, wenn man ihr weniger zumuten wollte, — sie will die Lehre vom Unrecht begründen und das Fundament des ganzen Strafrechtsgebäudes sein. Dann ist es unmöglich, das Rechtsgut als sekundäres Angriffsobjekt aufzufassen. „Denn in Wahrheit wird der Charakter eines Delikts in erster Linie durch den Wert des verletzten Interesses und die Art der Verletzung bestimmt“.[6] Der Kriminalist, der mehr geben will als die formal-juristische Erläuterung des Begriffes Rechtswidrigkeit, muss sich der Arbeit unterziehen, die *Binding* (l. c.) dem Soziologen zuschieben möchte, nämlich der Aufgabe, „das Delikt anders als mit Hilfe des Gesetzes zu bestimmen“.

Der Vorwurf des Formalismus ist also berechtigt; *Binding* widerlegt ihn nur dadurch, dass er die Normentheorie in einer Weise herabsetzt, die von seinen Gegnern nicht gut geheissen werden kann. Wenn man aber an die Stelle der als Rechtssätze auftretenden Normen die Kulturnormen setzt, dann ist unverkennbar die normwidrige Handlung in die engste Beziehung gebracht zu den Geboten und Verboten, die die Interessen des Staates, der Gesellschaft und des Individuums anerkennen und verwerfen. Es kommt ganz auf dasselbe hinaus, ob man sagt, die verbrecherische Handlung sei nach den Kulturnormen, denen sie widerspricht, oder sie sei nach den Interessen, die sie verletzt, zu beurteilen. — Ich schliesse mit den Worten *Jellineks* (Gesetz

---

[6]) So durchaus zutreffend Liepmann, Einleitung in das Strafrecht (1900) S. 13.

und Verordnung S. 235): „Es ist unmöglich, wissenschaftlich haltbare juristische Resultate zu gewinnen, wenn man den Inhalt der Lebensverhältnisse gänzlich ignoriert. Nicht Aufgabe der Jurisprudenz ist es, diesen Inhalt selbständig zu erforschen, aber der stetige Hinblick auf denselben muss der Regulator der juristischen Konstruktion sein. Das Recht will die äussere Form der Lebensverhältnisse erfassen, deshalb muss es auf die in dem Inhalt derselben gegebenen Grenzen, die ja auch formgebende Wirkung haben, Rücksicht nehmen. Sonst verfällt die Jurisprudenz rettungslos der Scholastik, d. h. jener Richtung des Denkens und Forschens, welche eine Welt von Begriffen ohne Realität, von Formen ohne Inhalt, von Resultaten ohne Wert schafft.“

